



Universidad
de Alcalá

EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO LÍMITE A LOS PODERES DEL EMPRESARIO EN LA ERA DIGITAL

**THE PRIVACY RIGHT AS A LIMIT TO THE POWERS OF THE EMPLOYER
IN THE DIGITAL AGE**

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN DE ABOGADO

PRESENTADO POR:

D^a. ALICE MARIE GUIMOYÉ PÉREZ

CODIRIGIDO POR:

DR. D. JOSÉ LUIS GIL Y GIL Y D. JOSÉ RAFAEL GARCÍA DE LA CALLE

ALCALÁ DE HENARES, ABRIL DE 2021

RESUMEN

En la era en la que nos encontramos, las nuevas tecnologías suponen un gran progreso y ayuda para la sociedad en todos los sentidos; no obstante, cada avance tecnológico supone un paso hacia atrás para la privacidad y la intimidad de los usuarios. Es por ello que en el presente trabajo no nos centraremos en el usuario como consumidor de tecnología, sino en aquel que además reúne las características necesarias para ser denominado «trabajador», pues, pese a que los avances tecnológicos crezcan a ritmo acelerado, la legislación en materia laboral en torno a ellos ha ido quedando obsoleta, obteniendo como resultado decisiones empresariales intrusivas en la esfera privada del trabajador.

De este modo, a través de este trabajo y del análisis normativo y jurisprudencial en materia de intimidad, protección de datos y, en suma, privacidad, lo que se pretende exponer son las posibles soluciones a los conflictos entre los poderes del empresario y los derechos del trabajador.

Palabras clave: derechos fundamentales, derecho a la intimidad, protección de datos personales, tecnología, poderes del empresario, control empresarial.

ABSTRACT

In the era in which we are, new technologies represent great progress and help for society in every way; but each technological advance is a step backwards for the privacy and intimacy of users. That is why in this project we will not focus on the user as a consumer of technology, but rather on the user who also has the necessary characteristics to be called a "employee", since, despite technological advances growing at an accelerated rate, legislation in labour material around them has become obsolete, resulting in intrusive employer decisions in the private sphere of the employee.

In this way, through this work and the normative and jurisprudential analysis on privacy and data protection, what is intended to be exposed are the possible solutions to conflicts between the powers of the employer and the rights of the employee.

Keywords: fundamental rights, right to privacy, protection of personal data, technology, powers of the employer, employer control.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	8
II.	CONCEPTOS.....	10
1.	LA VIDA PRIVADA: EL DERECHO A LA INTIMIDAD, AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS	10
1.1.	El derecho a la intimidad.....	12
1.2.	El derecho fundamental al secreto de comunicaciones	15
1.3.	El derecho a la protección de datos de carácter personal	17
2.	LA LIBERTAD DE EMPRESA: LOS PODERES DEL EMPRESARIO.....	20
2.1.	El poder de dirección y control	21
2.2.	El poder disciplinario	23
a)	El poder disciplinario en general	23
b)	El despido disciplinario	26
III.	LA RELEVANCIA DE LAS TICs EN LOS CONFLICTOS ENTRE LOS PODERES DEL EMPRESARIO Y LA ESFERA PRIVADA DEL TRABAJADOR ..	30
1.	EL IMPACTO DE LAS TICs EN LAS RELACIONES LABORALES	30
2.	LAS TICs Y EL CONTRATO DE TRABAJO COMO MODULADORES DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR.....	31
2.1.	El uso del ordenador en el puesto de trabajo: correo electrónico y otros dispositivos.....	35
•	STC de 15 de marzo de 2021.....	43
a)	La supervisión del correo electrónico del trabajador.....	45

•	STC 241/2012, de 17 de diciembre	46
•	STC 170/2013, de 7 de octubre	50
b)	Discrepancias entre la Doctrina del Tribunal Constitucional, la Sala 4º del Tribunal Supremo y la Sala 2ª del Tribunal Supremo	52
c)	Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 5 de septiembre de 2017 (Caso Barbulescu contra Rumanía)	55
2.2.	Videovigilancia y sonido: evolución de la doctrina constitucional y análisis de la doctrina del TEDH	56
a)	Recorrido a través de la Doctrina del Tribunal Constitucional: análisis y evolución	58
•	STC 98/2000, de 10 de abril.....	58
•	STC 186/2000, de 10 de julio.....	60
•	STC 29/2013, de 10 de julio.....	62
•	STC 39/2016, de 3 de marzo	66
b)	La reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	69
•	Sentencia de 9 de enero de 2018, de la Sección Tercera del TEDH (Caso de López Ribalda y otros contra España I).....	69
•	Sentencia de 17 de octubre de 2019 de la Gran Sala del TEDH (Caso de López Ribalda y otros contra España II)	74
2.3.	Geolocalización.....	75
•	STS 163/2021, de 8 de febrero	76
3.	EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL.....	79
IV.	CONCLUSIONES.....	82

V.	BIBLIOGRAFÍA	85
VI.	ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES.....	86
VII.	WEBGRAFÍA	88

I. INTRODUCCIÓN

En la segunda década del Siglo XXI resulta casi imposible ignorar el hecho de que la tecnología ha provocado un giro de 360 grados en la sociedad, pues hoy en día dependemos de ella para realizar casi la totalidad de nuestros actos. El ámbito laboral no se excluye de ello y es por eso por lo que en el presente trabajo nos dedicamos a analizar cómo afectan las—ya no tan nuevas—tecnologías de la información (TICs) a la privacidad de los trabajadores.

Ahora bien, al hablar de «privacidad» lo haremos en el sentido amplio de la palabra, pues es sabido, como nos encargamos de distinguir a lo largo del trabajo, que la privacidad no sólo engloba el concepto de «intimidad» de los individuos, sino que más bien se trata de una esfera reservada íntimamente relacionada con la personalidad de los sujetos dentro de la cual se engloban una serie de derechos independientes.

Así pues, para evaluar y llevar a cabo el análisis del impacto tecnológico en el ámbito del trabajo, nos valdremos del examen de la normativa nacional, comunitaria e internacional, de la jurisprudencia y doctrina nacional del Tribunal Constitucional (TC) y Tribunal Supremo (TS) y, especialmente, de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Por ello, nuestro recorrido iniciará analizando las distintas vertientes de la protección a la privacidad consagrada en el artículo 18 de la Constitución Española¹ (CE) y su correspondiente regulación complementaria como son: la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen², la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal³ (antigua LOPD) y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁴ (nueva LOPD). Todo ello en consonancia con lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)⁵ y normativa comunitaria como la Carta de los derechos fundamentales de la

¹ Constitución Española. «BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO» núm. 311, de 29/12/1978.

² Boletín Oficial del Estado núm. 115, de 14 de mayo de 1982, pp. 12546 a 12548

³ Boletín Oficial del Estado núm. 298, de 14/12/1999.

⁴ Boletín Oficial del Estado núm. 294, de 06/12/2018.

⁵ Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 Diciembre 1948, 217 A (III)

Unión Europea⁶ y el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016⁷ (RGPD).

En segundo lugar, nos introduciremos a conocer los poderes del empresario, consagrados en el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁸, como las manifestaciones concretas del desarrollo del derecho constitucional a la libertad de empresa consagrado en el artículo 38 CE y, en definitiva, a la propiedad privada reconocido por el artículo 33.1 CE. Es necesario aclarar que, si bien todos los poderes cuentan con la misma relevancia en el plano general de las relaciones laborales, en el presente trabajo resulta más interesante adentrarse en las facultades fiscalizadoras de vigilancia del empresario y, en consecuencia, su poder sancionador y la, cada vez más frecuente, utilización del despido como sanción.

De otra parte, una vez analizados los conceptos principales, resulta relevante detallar el impacto de las TICs en el mundo del trabajo, de modo que nos dedicaremos a estudiar los supuestos concretos en los que surgen conflictos entre los derechos fundamentales a la intimidad, al secreto de comunicaciones y a la protección de datos y los poderes del empresario. Concretamente nos referiremos a supuestos en los que el empleador, con cierta normalidad y tolerancia, cede el uso de dispositivos electrónicos de su propiedad a los trabajadores y, en concreto, del correo electrónico. De otro lado, otro de los supuestos a analizar, será la facultad de control del empleador por medio de mecanismos que pueden resultar en sí intrusivos para la intimidad del trabajador, como son los dispositivos de geolocalización y las cámaras de vigilancia, haciendo especial hincapié en la reciente doctrina del TEDH en materia de protección de datos relativa al Caso López Ribalda contra España.

Por último, para concluir con el análisis de los conflictos provocados por las TICs, dedicaremos un epígrafe relativo al novedoso derecho a la desconexión digital y a su posible relación con los derechos relativos a la esfera íntima de los trabajadores.

⁶ Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364, 18 de diciembre del 2000.

⁷ Diario Oficial de la Unión Europea núm. 119, de 4 de mayo de 2016, pp. 89 a 131

⁸ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Boletín Oficial del Estado núm. 255, de 24/10/2015.

II. CONCEPTOS

1. LA VIDA PRIVADA: EL DERECHO A LA INTIMIDAD, AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS

Como ya disponía la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948⁹, en su artículo 12, la vida privada de los seres humanos es un derecho que merece la protección debida ante las injerencias arbitrarias. No obstante, no sólo es el derecho a la vida privada propia la que queda amparada por este precepto, sino que también se refugian la vida privada de los familiares, su domicilio, su correspondencia, su honor y su reputación. Así pues, queda claramente reconocida la protección que merecen los sujetos ante las intromisiones indebidas en sus vidas, lo cual debe estar claramente reconocido y protegido por las leyes de los Estados vinculados.

De forma similar, el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁰, en su artículo 8.1 determina que *toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia* y añade además que *no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho*. No obstante, a diferencia de la Declaración anterior, este Convenio en el artículo 8.2 advierte de que tal derecho no es amplio e infinito, sino que reconoce puede verse perturbado siempre y cuando exista una norma que prevea que puede llevarse a cabo tales injerencias en caso de existencia de algún peligro para *la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*.

En el ámbito de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales¹¹, con el fin de *crear un espacio de libertad, seguridad y justicia*¹², reconoce el derecho al

⁹ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

¹⁰ Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, «BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO» núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570.

¹¹ Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364, 18 de diciembre del 2000.

¹² De esta forma, en el preámbulo de la Carta de los DDFF de la UE, se admite que la Unión Europea *está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la*

respeto de la vida privada y familiar y de su domicilio y sus comunicaciones en su artículo 7; del mismo modo que también lo hace con el derecho a la protección de datos de carácter personal en su artículo 8, estableciendo así en su apartado número 2 concretamente que, los datos personales deberán ser tratados de modo *leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley*.

Ahora bien, en el caso de la legislación española, podemos comprobar que, en el Título I, relativo a los Derechos Fundamentales de la Constitución Española, y concretamente en el artículo 18 se reconocen un conjunto de derechos fundamentales que responden a la finalidad de proteger todos los aspectos de la vida privada. Así pues, en su apartado número 1, se manifiesta que *se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. De igual forma, el apartado 3 establece que debe garantizarse *el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*. Y, por otro lado, igual de relevante, el apartado 4 del mismo precepto establece *que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*.

Estos Derechos Fundamentales, por ser inherentes a las personas tienen un trato especial tanto legislativamente como en el ámbito del Poder Judicial, pues, en primer lugar, el artículo 53 de la Constitución dispone que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I deberán ser regulados por medio de una ley, lo cual viene a concretarse en nuestro Ordenamiento Jurídico en la reserva de ley Orgánica en cuanto al tratamiento de Derechos Fundamentales¹³. De este modo, es necesario indicar que la protección al derecho a la intimidad se encuentra regulado por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen¹⁴ y, por otro lado, el derecho a la protección de los datos personales halla su regulación en la actual Ley Orgánica 3/2018,

solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho, por lo que resultaría necesario darle reconocimiento y protección a los derechos fundamentales.

¹³ Artículo 81.1 CE: *Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución*.

¹⁴ Boletín Oficial del Estado núm. 115, de 14 de mayo de 1982, páginas 12546 a 12548

de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales¹⁵.

En segundo lugar, como ya indicábamos, el artículo 53 de la Constitución brinda también protección procesal a los ciudadanos, pues cuando se trate de tales derechos, podrán recabar la tutela de estos ante los Tribunales ordinarios a través de un procedimiento con carácter preferente y sumario y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En definitiva, todos estos preceptos lo que intentan garantizar es el libre desarrollo de la personalidad y el respeto de la dignidad de los ciudadanos y de su vida privada. Es por ello por lo que todo lo que concierne a la «vida privada» debe ser excluido de las injerencias e intromisiones de terceros. No obstante, el concepto de «vida privada» se encuentra dividido en parcelas, pese a que de la redacción que da nuestra Constitución, se pueda llegar a deducir que se trata de un único bien jurídico cuya protección es única y engloba tanto la protección a la intimidad personal y familiar, como la del honor, domicilio, secreto de las comunicaciones y de los datos personales; no obstante, realmente la «vida privada» conforma una esfera reducida que contiene dentro de sí varias parcelas cuyo amparo y tratamiento es autónomo, pese a que sea frecuente que en un mismo asunto se lesionen varios derechos de tal esfera.

De este modo, en el presente trabajo nos interesa analizar con más profundidad al menos tres de estas parcelas: el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la protección de datos.

1.1. El derecho a la intimidad

Al hablar de la intimidad nos referimos a un bien jurídico que, al contar la condición de “derecho fundamental”, se encuentra legítimamente protegido por nuestra Constitución y por la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo. No obstante, el concepto que se tiene de intimidad no se encuentra claramente delimitado, pues hasta el propio Diccionario panhispánico del español jurídico¹⁶ proporciona una definición, a nuestro

¹⁵ Boletín Oficial del Estado núm. 294, de 6 de diciembre de 2018, páginas 119788 a 119857

¹⁶ <https://dpej.rae.es/lema/intimidad>. Consultado por última vez en fecha 09 de enero de 2021.

juicio, insuficiente determinando que intimidad es *el ámbito reservado de una persona o una familia*.

Por ello, resulta imprescindible acudir a la doctrina sentada por las numerosas Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC), pues gracias a ellas es posible arrojar mayor luz a este concepto que, a lo largo de la historia, ha ido evolucionando progresivamente. Así pues, a modo de ejemplo, encontramos que la STC 231/1988, de 2 de diciembre¹⁷, en su Fundamento Jurídico núm. 3, determina que los derechos contenidos en el artículo 18 CE tienen la condición de *derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la «dignidad de la persona» que reconoce el art. 10 C.E., y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo*.

De otra parte, la STC 134/1999, de 15 de julio¹⁸, en su Fundamento Jurídico núm. 5¹⁹, estableció que el derecho fundamental a la intimidad tenía por objeto *garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares*. En suma, lo que nuestra Constitución garantiza es el derecho que tenemos todos los ciudadanos a mantener en reserva todo aquello que no sea de incumbencia de cualquier particular e, incluso, de los poderes públicos; todo ello con base en el fundamento de que la intimidad va estrechamente ligada al concepto de «persona», por lo que siempre acompañará al sujeto en todo momento, por estar también vinculada con la personalidad y la dignidad²⁰. Ejemplo de ello, es el caso expuesto en la STC 98/2000, de 10 de abril, la cual, como veremos más adelante, declaró

¹⁷ Boletín Oficial del Estado núm. 307, de 23 de diciembre de 1988, páginas 44 a 48. Recurso de Amparo nº 1247/1986.

¹⁸ Boletín Oficial del Estado núm. 197, de 18 de agosto de 1999

¹⁹ Citando las SSTC 73/1982, de 2 de diciembre; 110/1984, de 26 de noviembre; 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 143/1994, de 9 de mayo, y 151/1997, de 29 de septiembre.

²⁰ Conforme se deduce del FJ 5º de la Sentencia 186/2000, de 10 de julio, del Tribunal Constitucional.

que el derecho a la intimidad acompaña al individuo hasta en el momento de llevar a cabo servicios derivados de las relaciones laborales.

Es por ello que tradicionalmente el Tribunal Constitucional ha entendido que únicamente se la titularidad del derecho a la intimidad pertenece a las personas físicas, pues es lo que se deduce de su propio contenido y naturaleza. Por ello, las personas jurídicas, como las Sociedades mercantiles, no pueden ser titulares de este derecho fundamental, puesto que la reserva acerca de las actividades de estas Entidades, quedarán, en su caso, protegidas por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente decretada, tal y como estableció el Auto del Tribunal Constitucional núm. 257/1985, de 17 de abril²¹.

Por ello, es la LO 1/1982, en su artículo 7, la que establece expresamente un listado que desde luego no es *numerus clausus*, de ocho conductas lesivas que afectan a este derecho entendiendo que por «personas» se refiere a personas físicas. De este modo, en el trabajo que realizamos, son estas las conductas que nos resultan más relevantes:

- 1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.*
- 2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.*
- 3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.*
- 4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.*
- 5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.*

²¹ [Sistema HJ - Resolución: AUTO 257/1985 \(tribunalconstitucional.es\)](https://tribunalconstitucional.es/). Consultado por última vez el 10 de enero de 2021.

Ahora bien, cierto es que este derecho cuenta con la protección ya mencionada, sin embargo, tal protección no es plena, pues, como ya adelantaba el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, existen límites que deberán ser marcados legalmente y, de igual forma, la STC 186/2000, de 10 de julio²² en su FJ 5, parafraseando la doctrina expuesta en las SSTC 57/1994 y 143/1994, recordó que *el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho*. Así pues, en este mismo sentido limitativo, la LO 1/1982 en su artículo 8.1 establece que no tendrán consideración de intromisiones ilegítimas las actuaciones que se hayan autorizado o acordado por la Autoridad competente, o bien, cuando estas intromisiones tengan el fin de preservar un interés histórico, científico o cultural relevante. Del mismo modo, como vemos en la Sinopsis del artículo 18²³, la intimidad cederá frente a otros bienes jurídicamente protegibles.

En definitiva, el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, de modo que puede verse limitado siempre que se respete el contenido esencial de su núcleo. Por ello, las cuestiones a resolver más adelante son: ¿están respetando los empresarios el contenido esencial del derecho con sus actuaciones derivadas de sus potestades de control, organización y dirección? ¿Las intromisiones del empresario superarían el juicio de proporcionalidad²⁴?

1.2.El derecho fundamental al secreto de comunicaciones

Tradicionalmente el derecho al secreto de las comunicaciones se ha derivado del derecho a la intimidad, no obstante, este derecho tiene entidad propia, pues aunque sea cierto que las comunicaciones llevadas a cabo por los ciudadanos son únicamente de su

²² Boletín Oficial del Estado núm. 192, de 11 de agosto de 2000

²³ <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2> . Consultado por última vez en fecha 01 de febrero de 2021.

²⁴ A saber, como se establece en FJ 5º de la STC 186/2000, de 10 de julio, cumplir con tres requisitos: *si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).*

incumbencia y están revestidas de una gran privacidad, lo que la Constitución se encarga de garantizar es el secreto en sentido formal, pues resulta irrelevante²⁵ el contenido del mensaje, o, en otras palabras, si dicho mensaje tiene un carácter íntimo o no, tal y como deducimos del FJ de la STC 114/1984, de 29 de noviembre²⁶. De tal forma, adquiere mayor relevancia el propio hecho de interferir comunicaciones o, incluso, cuando se realizan actos tendentes a descubrir la identidad y el contexto de los interlocutores, tal y como establece la STC 170/2013, de 7 de octubre²⁷, al mencionar ejemplos en su FJ 4: *este derecho queda pues afectado tanto por la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas como también por el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil.*

Por otro lado, la misma Sentencia en su FJ 7 dispone que el artículo 18.3 CE se encarga de garantizar dos aspectos del secreto de comunicaciones: en primer lugar, se consagra la libertad de las comunicaciones de forma implícita y, además, en segundo lugar, de forma expresa se protege y garantiza su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas.

De este modo, vemos que el bien jurídico protegido constitucionalmente es la libertad de comunicaciones *siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo).*

De otro parte, cabe aclarar que para que se aprecie vulneración, la injerencia en las comunicaciones debe estar protagonizada por un tercero ajeno a quienes participan en la conversación, pues, como se deduce del FJ 7 de la mencionada sentencia, no se

²⁵ Aunque resulta curioso que la STS 123/2002, de 20 de mayo, en su FJ 7 entienda que, al hacer el juicio de proporcionalidad, el hecho de no acceder al contenido del mensaje resulta menos lesivo y, por ende, la injerencia es de menor entidad.

²⁶ Boletín Oficial del Estado núm. 305, de 21 de diciembre de 1984

²⁷ Boletín Oficial del Estado núm. 267, de 07 de noviembre de 2013

entenderá que existe vulneración cuando es uno de los interlocutores quien, por ejemplo, graba la conversación en la que participa.

No obstante, el hecho de vulnerar este derecho fundamental es constitutivo de ilícito penal, pues la interceptación de comunicaciones se castiga a través del Código Penal de 1995²⁸, concretamente por medio de sus artículos 197 y 200, relativos a la interceptación a personas físicas o jurídicas, respectivamente.

De este modo, observamos que, en primer lugar, el Código Penal contempla como titulares de este derecho tanto a personas jurídicas como físicas, por lo que ahora sí se puede mostrar el carácter diferenciador entre este derecho y el derecho a la intimidad, pues cabe recordar que este último era de exclusiva titularidad de las personas físicas; en segundo lugar, podemos apreciar también que el Código Penal amplía mucho más el campo de protección de las comunicaciones, pues si bien el 18.3 CE establecía que se garantiza el secreto especialmente de postales, telegráficas y telefónicas, éste protege bajo el tipo también los *papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales*.

En suma, como establece la STC 123/2002, de 20 de mayo²⁹, en su FJ 5, en una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, el secreto de las comunicaciones constituye no sólo garantía de libertad individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo.

1.3.El derecho a la protección de datos de carácter personal

Antes de intentar aclarar el concepto de «derecho a la protección de datos de carácter personal», creemos que es necesario introducirnos en el concepto de «datos de carácter personal», pues también se trata de un concepto que ha ido mutando a lo largo del tiempo.

²⁸ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado núm. 281, de 24/11/1995.

²⁹ Boletín Oficial del Estado núm. 146, de 19 de Junio de 2002

Así pues, en primer lugar, fue la Ley Orgánica 15/1999³⁰ la que, en su artículo 3.a) definía «datos de carácter personal» como *cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*, lo cual sería matizado posteriormente por el artículo 5.1.f) de su reglamento³¹ como *cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables*.

Por otro lado, la normativa comunitaria, a través de la ya derogada Directiva 95/46/CE³², completó estas definiciones al concretar qué es una persona «identificable», siendo esta una *persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social*.

Ahora bien, centrándonos en el derecho que protege estos datos, podemos decir, como ya adelantábamos en el epígrafe anterior, al igual que el secreto de las comunicaciones, se trata de un derecho autónomo que, si bien es cierto que está ligado a la intimidad, no conforma parte de él. Por este motivo, nuestra Constitución eleva también a fundamental este derecho contemplándolo así en su artículo 18.4 y desarrollándolo a través de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. No obstante, pese a que se trate de una norma comunitaria, el Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD) resulta igual de relevante a la hora de hablar de este derecho, pues ambas fuentes se complementan y regulan de forma directa o supletoria su desarrollo.

Pero ¿a qué nos referimos con «derecho a la protección de datos»? Nuevamente es necesario acudir a la doctrina constitucional, de modo que, en primer lugar, nos valdremos de lo expuesto en la STC 292/2000, de 30 de noviembre³³, concretamente en sus Fundamentos Jurídicos 5º y 6º, pues es ahí donde se reconoce que este derecho es

³⁰ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal Boletín Oficial del Estado de de 14 de diciembre de 1999.

³¹ Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre,

³² Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. *Diario oficial de las Comunidades Europeas* núm. 281, de 23 de noviembre de 1995, páginas 31 a 50

³³ Boletín Oficial del Estado núm. 4, de 4 de enero de 2001

distinto al de la intimidad, pues cumple con otra función y es, en definitiva, un derecho autónomo e independiente que consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. En otras palabras, nos referimos a un derecho cuyo fin último es garantizar a las personas un poder de control sobre sus datos personales, brindándoles medios y canales efectivos para decidir cuál va a ser el uso y destino de tales datos y, en suma, garantiza un poder de disposición sobre estos; mientras que, como cabe repetir que ya expusimos en epígrafes anteriores y, como reconoce la propia STC 292/2000 en su FJ 6, la función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad.

En este mismo sentido, el Fundamento Jurídico 6º de la STC 94/1998, de 4 de mayo³⁴, ya establecía que este derecho fundamental es el que garantiza a las personas el control del flujo de informaciones que les concierne respectivamente, es decir, el artículo 18.4 CE es pionero en reconocer a las personas un control sobre sus datos personales, incluyendo bajo el manto de ese control el uso y destino que hacemos de ellos.

En suma, como establecía ya la STC 254/1993, de 20 de julio, en su FJ 4º³⁵, el derecho a la protección de datos no es un derecho fundamental cualquiera, sino que, además de derecho, es un *instituto de garantía de otros derechos*, pues su interés es el de proteger a derechos como el honor y la intimidad, como hemos podido ir deduciendo. Ahora bien, además de velar por tales derechos, esta protección abarca también la del instituto del *derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama "la informática"*.

Sin embargo, parafraseando lo dispuesto en la STC 292/2000 en su FJ 6, de nada vale que se garantice ese derecho al poder de disposición de un individuo sobre sus datos

³⁴ Boletín Oficial del Estado núm. 137, de 09 de junio de 1998)

³⁵ Boletín Oficial del Estado núm. 197, de 18 de agosto de 1993

personales si realmente desconoce cuáles son los datos que poseen los terceros y cuáles son los fines por los que han sido recopilados sus datos. Por ello, como extraemos del artículo 5 de la LO 15/1999 y del artículo 11 de la nueva LO 3/2018, de 5 de diciembre que es fundamental, para aquellos terceros que tratan los datos, el deber de informar de forma clara y transparente. Así pues, la Agencia Española de Protección de datos ha elaborado una Guía para el cumplimiento del deber de informar³⁶ con el fin de orientar acerca de las mejores prácticas para dar cumplimiento a la obligación de informar a los interesados, en virtud del principio de transparencia, acerca de las circunstancias y condiciones del tratamiento de datos a efectuar, así como de los derechos que les asisten.

2. LA LIBERTAD DE EMPRESA: LOS PODERES DEL EMPRESARIO

El fundamento de los poderes del empresario se halla en el artículo 38 CE, en relación con el artículo 33 relativo de nuestra Constitución relativo a la propiedad privada; pues es así como se eleva la libertad de empresa a la categoría de derecho constitucional, aunque no fundamental, por estar contenido en la Sección 2ª del Capítulo II del Título I de la Constitución.

Esta libertad a su vez, habilita y reconoce a aquellas personas físicas o jurídicas que decidan ejercer una actividad económica la libertad para crear una empresa, para acceder al mercado, para cesar en tal actividad económica y, sobre todo, le otorga la potestad de organizar libremente su empresa.

Así pues, adentrándonos en las relaciones laborales, vemos que el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores hace mención al «ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica», para posteriormente añadir que tales personas físicas son los «empresarios».

Ahora bien, para que una relación pueda considerarse laboral, es necesario, que concurran en ella todas aquellas características que efectivamente demuestren tal carácter

³⁶ [guia-modelo-clausula-informativa.pdf \(aepd.es\)](#). Consultado por última vez el 28 de febrero de 2021.

«laboral»³⁷. Por ello, resulta especialmente relevante la nota de la *dependencia*, donde residen los poderes del empresario. Por lo cual, al hablar de dependencia nos referimos a aquella nota en la que confluyen tanto el papel pasivo del trabajador, como el papel activo del empresario.

Sin embargo, para aclarar en qué consisten tales papeles es necesario acudir al Estatuto de los Trabajadores, pues contempla en su artículo 5, dedicado a los deberes de los trabajadores, que una de las obligaciones del trabajador será *cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas*, de modo que de este deber extraemos que existen dos posturas diferenciadas y es por ello que hablamos de roles, pues al hablar de rol pasivo, nos referimos al papel de dependencia al que está sujeto el trabajador con el fin de llevar a cabo las órdenes del empresario; y, por tanto, cuando hablamos de papel activo hacemos referencia al *haz de poderes destinados a la organización general de la empresa y a la ordenación de las singulares prestaciones laborales y a la represión de las conductas laboralmente ilícitas del personal de la empresa*³⁸.

En suma, el haz de poderes al que hacemos mención viene concretarse en facultades que resultan imprescindibles para el bienestar de la organización productiva, por lo que dedicaremos los siguientes epígrafes a los denominados poderes de dirección y control y al poder disciplinario.

2.1.El poder de dirección y control

Como ya adelantábamos, es especialmente relevante para estos poderes el hecho de que constitucionalmente se reconozca que el derecho del empresario a disfrutar de una discrecionalidad unilateral en el modo de llevar a cabo sus objetivos empresariales a través de la creación y organización de su actividad empresarial, pues es así como se confiere el poder de dirección al empresario, o la persona en la que éste delegue, o, en

³⁷ A saber, según se deduce del art. 1.1. ET: serán trabajadores aquellos que *presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*

³⁸ MONTOYA MELGAR, A., 2017. *Derecho Del Trabajo*. 38ª ed. Madrid: Tecnos., p. 365.

otras palabras en el ámbito que nos compete, la facultad de decidir el modo en que sus empleados deberán llevar a cabo las prestaciones personales.

Por todo ello, es necesario decir que se trata de un poder que habilita al empresario a controlar y ordenar cómo los trabajadores deberán prestar sus servicios, conforme se deduce del artículo 20.1 del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, como expone M. MIÑARRO YANINI³⁹, tales órdenes no sólo comprenderán aquellas instrucciones personales y singulares, a las que se refiere el artículo 20.1, relativas a organizar cómo el trabajador llevará a cabo sus tareas conforme a directrices concretas específicamente relativas a su prestación de trabajo, sino que el empresario también tendrá la potestad de organización del trabajo en general a través de la fijación de horarios, del salario, del calendario, o de la plantilla.

Por otro lado, como veníamos advirtiendo, existe una estrecha relación entre el poder de dirección y el poder de control del empresario, puesto que, para que las órdenes empresariales pueda imponerse de forma correcta, es necesario también que el *papel activo* que desempeña el empresario se despliegue a través de la potestad de control, pues sólo así se podrán tomar todas aquellas medidas que se consideren pertinentes para verificar que la obligación del trabajador de realizar su actividad efectivamente se esté llevando a cabo bajo las directrices empresariales. Así queda consagrado en el artículo 20.3 ET, pues así se atribuye al empresario la facultad de *vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales*.

Del mismo modo, aunque del lado opuesto, el papel pasivo al que queda sujeto el trabajador desde que suscribe el contrato de trabajo, consistirá en cumplir las directrices del empleador con la mayor diligencia y colaboración posibles, siempre con arreglo a la buena fe y a lo acordado por el contrato de trabajo, las disposiciones legales y los Convenios Colectivos, conforme determina el artículo 20.2 ET.

³⁹ CEBRIÁN CARRILLO, A., NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y CASTRO CONTE, M. (Coordinadores), 2014. *Lecciones De Contrato De Trabajo: Materiales adaptados al Espacio Europeo de Educación Superior*. 3ª ed. Madrid: Dykinson, pp. 123-139.

En suma, como dice A. LLAMOSAS TRAPAGA⁴⁰, en un primer estadio el poder de dirección determinará una serie de instrucciones que deben ser cumplidas por los trabajadores, y posteriormente el empresario tomará las medidas que considere adecuadas para verificar que cumplen con lo establecido y, en la forma establecida.

2.2.El poder disciplinario

a) El poder disciplinario en general

El poder disciplinario, como su propio nombre indica, trata de una facultad punitiva con la que cuenta el empleador consistente en imponer sanciones frente a los incumplimientos y faltas cometidos por los trabajadores.

Ese poder guarda estrecha relación con los dos anteriores expuestos anteriormente, pues, cierto es que a través de ellos el empresario establece las directrices y ejerce un poder de vigilancia para comprobar que éstas se han cumplido, no obstante, ante la observancia de tales incumplimientos, es probable que la respuesta del empresario sea la de *castigar* al trabajador, conforme le facultan, además del artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores, los Convenios Colectivos o el contrato de trabajo por el que se inició la relación laboral.

Así pues, el artículo 58.1 dispone que *los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de la empresa en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezca en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable*. De este modo, este artículo deja en claro que lo que realmente tiene el empresario es una *facultad* de poder sancionar o no a los trabajadores, por lo que, en definitiva, no nos encontramos ante una potestad sancionadora en la que legalmente exista un *deber* de castigar porque se afecte a bienes jurídicos de interés público, si no ante una decisión discrecional del empresario para hacerlo por afectar tales incumplimientos del trabajador a su esfera privada de producción.

Por ello, aunque la facultad de castigar sea discrecional, tal discreción no es ilimitada, pues, pese a que el trabajador pueda ser sancionado por su incumplimiento o

⁴⁰ LLAMOSAS TRAPAGA, A. (2015). *Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación: una relación fructífera no exenta de dificultades*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, p. 125.

no, por muy grave que sea la falta, el empresario deberá respetar ciertos principios, límites y derechos del trabajador. Pongamos por caso lo expuesto por el artículo 58.3 ET, del cual se deduce que jamás podrá tomar medidas que afecten de forma particular a la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador.

En consecuencia, nos encontramos ante un régimen sancionador de carácter privado a disposición del empresario que, aunque con las diferencias expuestas anteriormente, se asemeja a los regímenes sancionadores de Derecho Público, como con el Penal o Administrativo, pues comparte con ellos el respeto por varios de sus principios, a saber:

- 1) **Principio de tipicidad:** en el ámbito laboral es necesario que las faltas atiendan a este principio, pues es evidente que sólo podrán sancionarse aquellas faltas que se encuentren refundidas en los Convenios Colectivos que resulten aplicables o, en su defecto, en las disposiciones legales generales como el Estatuto de los Trabajadores.
- 2) **Principio de proporcionalidad:** de otro lado, en el ámbito que nos compete vemos que, tanto las faltas como las sanciones se encuentren clasificadas, según su gravedad, en leves, graves y muy graves. En consecuencia, debe aplicarse una sanción de igual gravedad al incumplimiento cometido, aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de caso concreto⁴¹.
- 3) **Principio de comunicación:** en el caso de las faltas graves y muy graves, de forma similar a los regímenes sancionadores de carácter público, el empleador tiene el deber de notificar por escrito al trabajador del hecho constitutivo de la falta, de la fecha en la que este se cometió y de la sanción que le corresponde por el incumplimiento concreto; sin embargo, nada se dice en el artículo 58 ET de las faltas leves, por lo que no se requiere de ninguna formalidad y es potestativo manifestar por escrito los detalles por los que se sanciona al trabajador, sin perjuicio de lo que establezca el Convenio Colectivo en concreto.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 35/2019, de 22 de enero de 2019. RJ 2019/552 (Aranzadi)

4) Principio de prescriptibilidad: otra nota en común con el régimen sancionador público es la sujeción de estas faltas a la prescripción, pues, por seguridad jurídica, las faltas no podrán castigarse eternamente, sino que estarán sujetas a los plazos establecidos por el Estatuto de los Trabajadores, por ello, su artículo 60.2 dispone que *las faltas leves prescribirán a los diez días; las graves, a los veinte días, y las muy graves, a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido.*

No obstante, en el caso de las faltas laborales cometidas fraudulentamente y con ocultación, el *dies a quo* de la prescripción empieza cuando el empresario tenga conocimiento de que efectivamente puede ejercer sus facultades disciplinarias ante tales faltas, según deducimos del FJ 1 de la STS de 15 de julio de 2003⁴².

Por otro lado, pese a que disponga el Tribunal Constitucional en el FJ 2 de la STC 17/2000, de 31 de enero del 2000⁴³, que *el empresario tiene atribuido un llamado poder disciplinario que le permite adoptar decisiones sancionadoras de eficacia inmediata, sin necesidad de acudir a las instancias judiciales para su imposición y efectividad*, el artículo 58.2 nos aclara que la valoración de las faltas y las correlativas sanciones serán siempre revisables ante la Jurisdicción Social.

Por ello, aunque el empresario no tenga que acudir a mecanismos judiciales para ejercer su facultad punitiva, si el trabajador considera que la imposición de la sanción ha sido injusta, tendrá la opción de acceder a la justicia, en el plazo de caducidad de 20 días desde que le sancionaron, por medio de una demanda y siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 114 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social⁴⁴ (LRJS), para que sean los Jueces y/o Magistrados quienes se pronuncien confirmando la sanción, revocándola en parte, o bien, revocándola totalmente, si la sanción impuesta a su falta no es ajustada a Derecho, tal y como se deduce del artículo 115 LRJS.

⁴² VLEX 17210940 (VLex)

⁴³ Boletín Oficial del Estado núm. 54, de 03 de marzo de 2000

⁴⁴ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Boletín Oficial del Estado núm. 245, de 11/10/2011

En consecuencia, siempre que la sentencia declare la revocación total, se deberán abonar los salarios dejados de percibir durante el cumplimiento de la sanción; mientras que, en caso de que la sanción haya sido revocada parcialmente, se deberá añadir en la sentencia un pronunciamiento de condena económica por el periodo de exceso que se ha estado sancionado, pues, en estos supuestos, es frecuente que la sanción impuesta se extralimitase por una calificación errónea de la falta cometida por el trabajador.

De otro lado, como veíamos anteriormente en la STC 17/2000, no es necesario acudir a un procedimiento sancionador en específico ni a las instancias judiciales, pero cierto es que, cuando el sancionado tenga además la condición de miembro del comité de empresa, delegado de personal o representante legal de los trabajadores, como dispone el artículo 68.a) del Estatuto de los Trabajadores, contará con una garantía personal, pues se le abrirá un expediente contradictorio en el que deberán ser oídos tanto el interesado como el comité de empresa o los restantes delegados de personal, por lo que, en caso de que ese trabajador decida acudir al proceso del artículo 114 LRJS al que nos referíamos anteriormente, deberá aportar ese mismo expediente contradictorio.

De otra parte, casi de igual forma, vemos que, tal y como establece el artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical⁴⁵, en el caso de los trabajadores afiliados a un sindicato, con carácter previo a la sanción, deberán ser oídos también los delegados sindicales del Sindicato correspondiente.

b) El despido disciplinario

Es habitual que las sanciones consistan en una mera amonestación, sin embargo, si el incumplimiento del trabajador reviste una especial gravedad y su falta encaja en la tipología de «muy grave», la sanción a la que podrá enfrentarse será el denominado *despido disciplinario*.

La figura del despido disciplinario halla su tratamiento en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, el cual establece que *el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento*

⁴⁵ Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. Boletín Oficial del Estado núm. 189, de 08/08/1985.

grave y culpable del trabajador. Ahora bien, de tal regulación, podemos extraer las siguientes notas:

- 1) ***El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario:*** como vemos, se trata de una decisión *voluntaria* y de carácter *unilateral* del empresario, pues en última instancia, es él quien aprecia si existe o no un incumplimiento que afecte a la producción, sin perjuicio de posteriores pronunciamientos de jueces y magistrados, en caso de impugnación por desacuerdo del trabajador⁴⁶.
- 2) ***Mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador:*** si bien es cierto que el empresario puede dar fin a la relación de trabajo, este tipo de despido es *causal*, pues por imperativo legal la independencia y discrecionalidad del empresario característica de la facultad punitiva del empresario se ve modulada por la garantía consistente en que los trabajadores sólo podrán ser despedidos en caso de incumplir con sus obligaciones laborales.
- 3) ***Un incumplimiento grave y culpable del trabajador:*** no basta con que el trabajador incumpla con sus obligaciones levemente, sino que es necesario que tal incumplimiento contractual le sea imputable, ya sea por dolo, culpa o negligencia y además sea de una entidad suficiente para que se considere grave, ya sea por reiteración de comportamientos tipificados como incumplimientos de menor entidad o por *mala fe* en su rendimiento laboral habitual.

Habiendo expuesto estas notas, es necesario indicar cuáles son las causas concretas que, según el Estatuto de los trabajadores, habilita al empresario a desplegar su facultad punitiva, así pues, en su artículo 54.2 establece que se tendrán carácter de «incumplimientos contractuales» las siguientes faltas:

- a) ***Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo:*** nos hallamos ante supuestos en los que, sin justificación, el trabajador reiteradamente se ausenta en su puesto de trabajo, consistiendo tal ausencia en faltar durante la

⁴⁶ Tal y como se deduce de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1989.

jornada completa o de forma parcial. Cuando hablamos de «ausencia es parcial», nos referimos a supuestos en los que el trabajador no ingresa a su puesto con la debida puntualidad, o cuando se marcha antes de que su jornada finalice, o bien, cuando se ausenta durante la jornada.

- b) *La indisciplina o desobediencia en el trabajo*: conforme al criterio del Tribunal Supremo en su Sentencia 28 de diciembre de 1989⁴⁷, se trata de la resistencia a las órdenes o instrucciones legítimas emitidas en el área de facultades del empleador o de quien ejercita poderes directivos.
- c) *Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos*: según se deduce de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1988⁴⁸, con el fin de proteger la convivencia y buena organización de la empresa, los comportamientos ofensivos tanto para empresario, como para el resto de compañeros de trabajo o sus familiares, será motivo de sanción.
- d) *La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo*: en relación con el papel pasivo del trabajador frente a los poderes de organización del empresario al que hacíamos mención anteriormente, nos encontramos con que el artículo 5.a) del Estatuto establece que deben cumplirse las obligaciones laborales de acuerdo con el principio de buena fe y con diligencia, en el mismo sentido que el artículo 20 ET. Según se deduce de la STS de 4 de febrero de 1991⁴⁹, vemos que se verá trasgredida la buena fe cuando existe indisposición personal y el trabajador no sea probo en la ejecución del trabajo.
- e) *La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado*: para llegar a la suficiente gravedad como para causar el despido, estos comportamientos deberán repetirse en el tiempo de forma negligente y consciente.
- f) *La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo*: al igual que en el supuesto anterior, este comportamiento debe ser habitual en el rendimiento de trabajo y además debe ser una intoxicación lo suficientemente grave como para afectar de forma negativa al trabajo.

⁴⁷ VLEX- 76695484 (VLex)

⁴⁸ VLEX-75811813 (VLex)

⁴⁹ VLEX- 203470563 (VLex)

- g) *El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.*

Sin embargo, aunque existan estos motivos y puedan ser justificativos de un despido disciplinario, es necesario que el empresario pruebe estos hechos y además notifique a su trabajador por escrito qué es lo que ha motivado el despido y la fecha en la que éste será efectivo. En consecuencia, si el trabajador no está conforme, podrá acceder a la vía judicial en el plazo de caducidad de 20 días hábiles, a contar desde el día siguiente al que se le hubiera notificado el despido.

De este modo, se iniciará la modalidad procesal de «despido disciplinario». Sólo así el Juez, tras escuchar a las partes, podrá valorar y calificar el despido como establece el artículo 108 LRJS:

- a) Procedente: siempre que quede acreditado y probado que el trabajador ha incumplido en sus deberes laborales.
- b) Improcedente: cuando no queden acreditados los hechos justificativos del despido, cuando no se cumplan con los requisitos formales establecidos en el artículo 55.1, o bien, cuando la falta del trabajador no hubiese sido de la suficiente entidad como para imponer una sanción tan grave como es el despido.
- c) Nulo: cuando se vulneren Derechos Fundamentales, o bien, cuando nos hallemos ante los supuestos de trabajadoras en situación de embarazo o maternidad, recogidos en el artículo 108.2 LRJS.

III. LA RELEVANCIA DE LAS TICs EN LOS CONFLICTOS ENTRE LOS PODERES DEL EMPRESARIO Y LA ESFERA PRIVADA DEL TRABAJADOR

1. EL IMPACTO DE LAS TICs EN LAS RELACIONES LABORALES

En un mundo cada vez más globalizado en el que contextualizamos esta sociedad moderna, va cobrando mayor importancia el fenómeno expansivo y la generalización del uso de los nuevos medios tecnológicos, pues cierto es que actualmente resulta imposible imaginar el desarrollo de estructuras y hábitos personales o profesionales sin tener en cuenta las nuevas tecnologías de la información.

Las ventajas que presentan estos medios en cuanto a fluidez y accesibilidad eran, hasta hace relativamente poco, inimaginables, pues es ahora cuando es posible que, gracias a la rapidez de las nuevas tecnologías, a los pocos costes y a los escasos impedimentos físico-temporales que acarrearán su uso, la información se traslade de un punto a otro del mundo en tiempo real.

Pero ¿a qué nos referimos realmente cuando hablamos de «nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC)»? Resulta complicado delimitar este concepto, pero tal y como se deduce de sus siglas, en primer lugar, se trataría de tecnología que permite el tratamiento de todo tipo de información, ya sea imagen, sonido o datos. Así pues, tras la posterior digitalización de la información que brindan los usuarios, esta debe traducirse al lenguaje máquina, para que sólo así a través de los medios informáticos pueda ser manipulada y así se consigan ejecutar todo tipo de operaciones en tan sólo unos segundos.

Por otro lado, en lo relativo al concepto de las comunicaciones, concretamente de las telecomunicaciones, podría determinarse que se trata de todos aquellos medios de cable, radiofrecuencia, fibra óptica o cualquier sistema electromagnético a disposición de los agentes con la utilidad de emitir, transmitir o recibir la información a la que nos referíamos anteriormente. En suma, como A. LLAMOSAS TRAPAGA⁵⁰ comenta en su obra, al hablar de nuevas tecnologías nos estamos refiriendo a un conjunto de

⁵⁰ LLAMOSAS TRAPAGA, A., *op. cit.*, p. 18.

instrumentos que se han ido desarrollando a través de las últimas décadas para facilitar la transmisión de informaciones y la comunicación

Sin embargo, pese a que las TICs simbolicen un avance en múltiples aspectos, más que el propio medio o canal por el que se transfiere el mensaje, lo que cobra mayor relevancia es la información compartida a través de estos, pues son numerosos los conflictos que se erigen en torno a los datos compartidos por los usuarios.

Por ello, cabe decir que, si bien es cierto que la tecnología es mutable y avanza cada vez más rápido, la protección que los legisladores brindan a la información de los usuarios no siempre es la adecuada ante la vulneración provocada, ya sea por el proceso de aprobación de normas o por cualquier otro obstáculo temporal o burocrático.

En cuanto al ámbito laboral, el uso de la informática está íntimamente ligado al aumento de la productividad, pues la innovación que las TICs han aportado al mundo laboral resulta favorable para el crecimiento del empresario; no obstante, ello también ha conllevado un cambio respecto a la manera de concebir los poderes del empresario a los que nos referíamos anteriormente, pues en aras de que la productividad prosiga por el buen camino, la actividad fiscalizadora de la empresa se verá reforzada por ciertos métodos de vigilancia que veremos a continuación.

Así pues, es por ello por lo que surgen verdaderos conflictos a la hora de delimitar cuáles son los límites actuales de los poderes de organización y control que goza el empresario, pues el uso de la tecnología como herramienta fiscalizadora puede incluso invadir Derechos Fundamentales de la esfera más íntima del trabajador. Por ello, el objeto de este trabajo es dejar de manifiesto el impacto que tiene la tecnología en las relaciones laborales y, en suma, en los conflictos actuales a los que se enfrentan tanto los poderes del empresario como los derechos de los trabajadores.

2. LAS TICs Y EL CONTRATO DE TRABAJO COMO MODULADORES DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR

Cabe recordar que, en torno a los poderes del empresario, concretamente el de control para verificar que sus órdenes están siendo cumplidas con diligencia, es el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores el que dispone que *el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento*

por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana. No obstante, como ya habíamos advertido, estos poderes derivados del derecho constitucional a la libertad de empresa no son infinitos ni ilimitados, por lo que, frente a este, encontramos en el artículo 4.2.e) del Estatuto que los trabajadores cuentan con el derecho *al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad [...]*.

De este mismo modo, la Ley Orgánica 3/2018, en su Disposición final decimotercera añade una modificación al Estatuto de los Trabajadores consistente en adicionar un nuevo artículo 20 bis relativo al tratamiento del derecho a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión. De este modo, el texto final disponía que *los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.*

Por ello, cabe afirmar que todas las actuaciones que lleve a cabo el empresario dentro de su haz de facultades directivas y de control, siempre deberán respetar los derechos de sus trabajadores, revistiendo estos también el carácter de límite a tales poderes.

Por otro lado, como ya adelantábamos, las TICs han significado un fuerte impacto en todas las esferas de la vida de sus usuarios, pero en este trabajo cobra especial relevancia la intimidad y la protección de datos de tales usuarios que reúnen también las condiciones necesarias para ser trabajadores por haberse vinculado al empresario a través de un contrato.

En este sentido, F. PEREZ DE LOS COBOS⁵¹ destacó que el aumento del poder de control del empresario sobre el trabajador se funda, por un lado, en la sustitución de

⁵¹ PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1980, p.72 (citado en DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUÍZ, A.B., *Protección de datos y contrato de trabajo*, Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ,2011, (46), p. 23)

un control periférico, discontinuo y parcial realizado por personas por un control centralizado, objetivo y actual que se realiza mediante la aplicación de nuevas tecnologías, y, por otro lado, en la aparición de un nuevo y sofisticado tipo de control que consiste en la reconstrucción del perfil del trabajador a través del almacenamiento y reelaboración de unos datos aparentemente inocuos.

Así pues, los derechos de la esfera privada del trabajador forman parte de la parcela más reservada e inherente a la personalidad y dignidad de las personas, por lo cual, como establece la STC 88/1985, de 19 de julio en su FJ núm. 2, el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada. De igual forma, la STC 98/2000, de 10 de abril⁵², establece en su FJ 6 que *debe rechazarse la premisa [...] consistente en afirmar que el centro de trabajo no constituye por definición un espacio en el que se ejerza el derecho a la intimidad por parte de los trabajadores*. De forma más actual, la STC 12/2012⁵³, de 30 de enero, en su Fundamento Jurídico 5º, comenta que el despliegue de la personalidad de las personas también se da en el ámbito del trabajo, pues es allí donde desarrollan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestaciones de su vida privada.

En otras palabras, como dice B. VALDÉS DE LA VEGA⁵⁴, ni la propia actividad laboral ni el tiempo de trabajo pueden considerarse inmunes a elementos de carácter privado por la propia implicación personal del trabajador en la relación. Lo mismo puede predicarse, ahora en concreto, en relación con el ordenador y las comunicaciones por Internet.

No obstante, como dice A. LLAMOSAS TRAPAGA⁵⁵, el hecho de que los derechos fundamentales—intimidad, secreto de comunicaciones y protección de datos—se

⁵² Boletín Oficial del Estado núm. 119, de 18 de mayo de 2000

⁵³ Boletín Oficial del Estado núm. 47, de 24 de febrero de 2012

⁵⁴ VALDÉS DE LA VEGA, B., 2008. Comentario: *El Derecho a La Intimidad y su expectativa de respeto en el uso personal de las tecnologías de la información y comunicación en el trabajo. Un comentario a la Sentencia Del Tribunal Supremo de 26 de Septiembre de 2007 y a la Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Revista de Derecho Social. <http://vlex.com/vid/intimidad-expectativa-supremo-doctrina-313939358> ed., 1 Apr, no.42, pp. 143-157 (VLEX)

⁵⁵ LLAMOSAS TRAPAGA, A., *op. cit.*, pp. 92 y 93

encuentren ubicados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I y cuenten con la protección del artículo 53 CE, al contrario que los derechos constitucionales sin carácter fundamental—libertad de empresa—de la Sección 2ª, no significa que simplemente por su ubicación, en caso de conflicto, automáticamente primen los derechos fundamentales frente a los constitucionales, sino que, como ya indicábamos, no son derechos absolutos y pueden ceder ante intereses constitucionalmente relevantes y deberá atenderse al caso concreto.

Por ello, cuando en los casos de que se suscriba un contrato de trabajo, podemos observar que ambas partes adquieren obligaciones y derechos que les asisten a lo largo de la relación laboral. Ahora bien, además de tales adquisiciones, los sujetos no pueden desprenderse de los derechos con los que ya contaban anteriormente por el mero hecho de ser personas, ya fueran de carácter fundamental o no; sin embargo, ha de tenerse en cuenta que, como establece la STC 99/1994, de 11 de abril, en su FJ 4, *la inserción en la organización laboral modula aquellos derechos en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva*. Siguiendo esta misma línea, la Sentencia continúa en su FJ 7 afirmando que *la relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él*.

Con todo esto, es necesario aclarar que, ante la posibilidad de conflicto entre una medida probablemente lesiva para los derechos fundamentales de los trabajadores con base en el ejercicio de los poderes desprendidos de la libertad empresarial, habrá de atenderse a los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

De este modo, podemos observar que, según la STC 186/2000⁵⁶, se habrá superado el *juicio de idoneidad*, si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto; se supera el *juicio de necesidad* si la medida es necesaria en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, se superará el *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*, si la

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 186/2000, de 10 de julio. Boletín Oficial del Estado núm. 192, de 11 de agosto de 2000

misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Es por ello por lo que en este epígrafe nos dedicaremos a analizar los distintos medios por los que el empresario puede ejercer su potestad fiscalizadora y si las medidas que se llevan a cabo superan o no los juicios de proporcionalidad.

Por último, materializando estas vulneraciones, cabe decir que si el trabajador decide iniciar la acción por vulneración de derechos fundamentales y el Juez determina que no se superan los juicios de proporcionalidad, el trabajador es susceptible de ser indemnizado por los daños morales causados. Ahora bien, para ello se deberá atender a los criterios orientativos para las sanciones establecidas en el Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)⁵⁷. Así pues, el artículo 8.11 de la LISOS tipifica como infracción grave *los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores* y, a su vez, en el artículo 40.1.c) establece que la sanción económica para tales infracciones será desde los 6.251 euros en su grado mínimo a los 187.515 euros en su grado máximo, tomando estas cantidades como ejemplo esta cuantía para la indemnización por daños, dependiendo de los criterios de graduación establecidos por el artículo 39 LISOS.

2.1. El uso del ordenador en el puesto de trabajo: correo electrónico y otros dispositivos

Como ya comentábamos, la utilización de las TICs en los procesos de producción de las empresas cobra cada vez más relevancia, pues son muchas las que actualmente ponen a disposición de sus trabajadores medios tecnológicos para poder comunicarse entre ellos, o bien, para que estos desarrollen sus actividades en el marco de las obligaciones concertadas en el contrato de trabajo.

Así pues, tales medios son elementos que, al ser de titularidad empresarial, pertenecen a la propia organización del empleador, de modo que el trabajador se limita a

⁵⁷ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Boletín Oficial del Estado núm. 189, de 08/08/2000.

ser un mero usuario que hace uso de ellos para llevar a cabo los fines que se le hubieran encomendado.

Sin embargo, es habitual que los trabajadores hagan un uso extralaboral y privado de los dispositivos electrónicos puestos a su alcance, por lo que, parafraseando A. ROIG BOTELLA⁵⁸, el empresario puede verse tentado a utilizar diversos programas para ejercer su potestad de *neocontrol* y comprobar que los trabajadores están utilizando correctamente los dispositivos y no están abusando de su confianza ni trasgrediendo la buena fe contractual, a saber:

- *Software* de monitorización: se trata de programas que se instalan en los ordenadores y permiten que quien ejerce el control pueda visualizar en tiempo real todo lo que el usuario está llevando a cabo.
- Cortafuegos: este programa impide que el usuario acceda a determinadas páginas web, de modo que se ejerce un control sobre la navegación del usuario limitándola a los usos profesionales, en este caso.
- Servidores *proxy*: estos servidores tienen también la función de ejercer el control sobre la navegación de los usuarios, pues, a través de ellos, se informa a quien ejerce el control de si el usuario está usando de forma adecuada el ordenador.
- *Sniffers*: al igual que el software de monitorización, la utilidad de esta aplicación es la de permitir el control sobre lo que el trabajador lleva a cabo en su jornada de trabajo. No obstante, en lugar de instalarse en el ordenador, se instala directamente en el servidor, no en un ordenador individualmente.

Como podemos comprobar tras la breve definición, el carácter totalmente invasivo de estos programas es susceptible de vulnerar los derechos fundamentales relativos a la esfera privada de los sujetos, por lo que el empresario no podrá hacer uso abusivo de tales programas, pues la necesidad de una fiscalización exhaustiva debe ser moderada en *pos* de la garantía de preservación de la intimidad y protección de datos a la que se refiere el

⁵⁸ ROIG BATALLA, A., 2007. *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa: aspectos constitucionales, penales y laborales* / Antoni Roig Batalla (Coordinador) ... [Et Al.]. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 67 y ss.

artículo 87.1 de la LOPD⁵⁹ estableciendo que *los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador.*

No obstante, el hecho de que deba preservarse la intimidad de los trabajadores no impide que el empresario no pueda controlar los contenidos derivados del uso de los dispositivos que él mismo ha puesto a disposición de los trabajadores, pues dichos derechos no son absolutos, por lo que, tal y como estipula el apartado 2 del artículo 87 LOPD, el empresario podrá ejercitar su potestad fiscalizadora *a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos.* De este modo, observamos que el artículo, aparte de facultar al empresario para vigilar que el trabajador cumple con las tareas asignadas, lo que hace es reconocer que en caso de que el dispositivo en cuestión esté en peligro por virus o programas perjudiciales, el empresario podrá acceder a su contenido.

Así pues, respecto a la **primera facultad**, si bien el empresario puede acceder al contenido del ordenador, deberá hacerlo con el fin de lograr un fin legítimo y la medida que lleve a cabo sea proporcionada para alcanzar ese fin. Así lo exponía la STS de 5 de diciembre de 2003⁶⁰ en su FJ 3:

Los controles empresariales que puedan establecer los empleadores en uso de su derecho a controlar la actividad de los trabajadores serán lícitos mientras no produzcan resultados inconstitucionales, y que para poder afirmar si ese respeto se entiende producido o no habrá que establecer en cada caso si la medida empresarial adoptada se acomoda a las exigencias de proporcionalidad entre el fin pretendido con ella y la posible restricción de aquel derecho fundamental de los trabajadores, para lo cual es necesario constatar si dicha medida

Sin embargo, observamos que la STS de 26 de septiembre de 2007⁶¹ en sus FFJJ núm. 2 y 4 admite que es complicado establecer prohibiciones absolutas en cuanto al empleo personal del ordenador, pues es frecuente que, aun cuando el empresario esté en su derecho de controlar la actividad, existe una tolerancia generalizada al uso de los medios de la empresa para fines personales; no obstante, la sentencia recuerda que se trata de medios propiedad de la empresa destinados a cumplir con la prestación laboral, por lo

⁵⁹ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

⁶⁰ VLEX-16806807 (VLex)

⁶¹ RJ 2007/7514 (Aranzadi)

que el control de estos queda resguardado bajo lo dispuesto en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores con la matización de que debe preservarse la intimidad del trabajador presupuesta ante la tolerancia del empresario.

De este modo, el empresario no puede ignorar que ha generado esta expectativa de confidencialidad con su tolerancia, pero tampoco esa expectativa deberá convertirse en un impedimento permanente para el control empresarial en caso de un uso del dispositivo negligente y contrario a las instrucciones del empresario.

De otra parte, encontramos que el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, relativo al reconocimiento de la inviolabilidad de la persona del trabajador y al respeto máximo de su dignidad e intimidad en cuanto a la realización de registros sobre su persona, su taquilla o sus efectos particulares, no resulta de aplicación a este supuesto ni siquiera por analogía, pues, siguiendo esta misma línea, es necesario hacer mención a lo comentado por V. MANTECA VALDELANDE⁶², ya que, si bien todo aquello que forme parte de la esfera privada del trabajador debe estar fuera del ámbito de ejecución del contrato de trabajo al cual se extienden los poderes empresariales que consagra el artículo 20 ET, las medidas de control sobre los medios informáticos se encuentran en el *ámbito normal* de estos poderes de control, pues el ordenador es un instrumento de producción de titularidad empresarial y la empresa tiene facultades de control sobre su utilización que incluyen su examen. De otra parte, nos encontramos con que el trabajador ejecuta la prestación laboral en ese medio puesto a su disposición, por lo que el empresario puede verificar en él el correcto desempeño de las obligaciones impuestas, lo cual no sucede en los supuestos a que se refiere el artículo 18 ET, pues en la taquilla y otros bienes hay una cesión de uso que queda al margen de la ejecución del contrato de trabajo.

Así pues, como establece la STS a la que nos referimos, en el supuesto de los registros del artículo 18 del Estatuto, *el empresario actúa, de forma exorbitante y excepcional, fuera del marco contractual de los poderes que le concede el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores y, en realidad, como ha señalado la doctrina científica, desempeña -no sin problemas de cobertura -una función de "policía privada" o de*

⁶² MANTECA VALDELANDE V., 2008. *Control del empresario sobre el uso del ordenador por los trabajadores: alcance, contenido y límites*. Cizur Menor, Navarra: Actualidad Jurídica Aranzadi. Núm. 749. Edición electrónica. BIB 2008\456 (Aranzadi)

"policía empresarial" que la ley vincula a la defensa de su patrimonio o del patrimonio de otros trabajadores de la empresa.

En resumen, el registro del dispositivo no puede ser comparado con el registro de objetos personales o taquillas del trabajador, pues como establece la misma STS a la que nos referimos, se pueden encontrar las siguientes notas diferenciadoras que clasificaremos conforme lo dispuesto en el artículo 18 ET:

- 1) ***Necesidad de proteger el patrimonio empresarial y el de los demás trabajadores:*** como determina el TS en el FJ tercero de la sentencia ya mencionada, la legitimidad de ese control deriva del carácter de instrumento de producción del objeto sobre el que recae. El empresario tiene que controlar el uso del ordenador, porque en él se cumple la prestación laboral y, por tanto, ha de comprobar si su uso se ajusta a las finalidades que lo justifican, ya que en otro caso estaría retribuyendo como tiempo de trabajo el dedicado a actividades extralaborales. De este modo, el control podrá ser válido por la necesidad de coordinar y garantizar la continuidad de la actividad laboral en los supuestos de ausencias de los trabajadores.

Ejemplo de ello, aunque relativo a las comunicaciones telefónicas, es el conflicto colectivo planteado ante el Tribunal Supremo que se resuelve a través de su Sentencia de 5 de diciembre de 2003⁶³. Tal acción colectiva es iniciada por el Sindicato Unión Telefónica Sindical, al entender que las escuchas aleatorias de las llamadas telefónicas efectuadas por los trabajadores—muy frecuentes en este sector—resultaban vulneradoras para los derechos de intimidad de los agentes comerciales de Telefónica de España, pues consideraba que tales escuchas no eran indispensables para el buen funcionamiento de los servicios de asesoría comercial. Sin embargo, el Tribunal Supremo (FFJJ 3 y 4) entendió que, al monitorizarse únicamente las llamadas realizadas a través del medio telefónico puesto a disposición del trabajador para cumplir con sus labores, no podía deducirse que este control empresarial afectara a los derechos de la esfera privada del trabajador, pues, además de que la justificación del control era verificar la calidad de la atención

⁶³ VLEX-16806807 (VLex)

dada a los clientes, los trabajadores tenían también a su disposición teléfonos cedidos por la empresa para sus conversaciones particulares, los cuales, lógicamente, no estaban sometidos a la vigilancia de un coordinador.

- 2) ***Realización del registro en el lugar de trabajo y durante las horas de trabajo:*** el TS entiende que, en el caso de las taquillas y efectos personales, es necesario que, con el fin de evitar extralimitaciones, el empresario lleve a cabo ese registro en horas de trabajo, pues sólo así esta actuación de carácter excepcional se reduce únicamente al ámbito empresarial y del tiempo de trabajo; lo cual no sucede en el caso del control de un instrumento de trabajo cuyo titular es el propio empresario.
- 3) ***Presencia de un representante legal o, en su ausencia, de otro trabajador siempre que sea posible durante el registro:*** en el caso del artículo 18, es necesaria tal presencia con el fin de constituir una garantía de la objetividad y de la eficacia de la prueba, de forma similar a lo dispuesto en el artículo 569 de la LECrim⁶⁴. Así pues, el Tribunal Supremo entiende que esa exigencia no puede, por tanto, aplicarse al control normal por el empresario de los medios de producción, con independencia de que para lograr que la prueba de los resultados del control sea eficaz tenga que recurrirse a la prueba testifical o pericial sobre el control mismo.
- 4) ***Respeto máximo a la dignidad e intimidad del trabajador:*** este requisito no es específico del artículo 18, puesto que se trata de un imperativo general limitante de la facultad fiscalizadora del empleador, según se deduce del artículo 20.3 del Estatuto.

Por ello, si bien el control del empresario queda amparado bajo lo dispuesto en el artículo 20.3 del Estatuto y no resulta aplicable el artículo 18, es deber del empresario, conforme a las exigencias de la buena fe, establecer previamente cuáles serán las normas

⁶⁴ Artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: *El registro se hará a presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente. Si aquél no fuere habido o no quisiese concurrir ni nombrar representante, se practicará a presencia de un individuo de su familia mayor de edad. Si no le hubiere, se hará a presencia de dos testigos, vecinos del mismo pueblo*

relativas al uso de los dispositivos, dejando claramente expuesto qué está parcial o absolutamente prohibido; por otro lado, también es deber del empresario informar a los trabajadores de que tales dispositivos serán susceptibles de un control por su parte y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones⁶⁵.

Por ello, como expone la STC 142/2012 en su FJ 5, en estos supuestos es admisible la ordenación y regulación del uso de medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones que conlleva el uso de tales medios. Así pues, en el mismo sentido A. LLAMOSAS TRAPAGA⁶⁶ comenta que el empresario debe decidir qué política resulta más adecuada y elegir entre la postura de limitar el uso de los medios para fines únicamente profesionales y prohibir taxativamente el uso personal. No obstante, tal opción, a pesar de ser válida y útil para evitar la improductividad, no se adapta a la flexibilidad y tolerancia de las políticas empresariales actuales relativas al uso de los medios; o bien, la postura de permitir que los medios, aparte de para usos profesionales, puedan ser utilizados también para fines personales, pero no de forma absoluta, sino con límites.

Así pues, pese a que no se trate de políticas empresariales como tal, sí que existen Convenios colectivos que contemplan opciones más o menos flexibles. Ejemplo de ello es el III Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores⁶⁷, el cual dedica un breve Capítulo a desarrollar la repercusión de la tecnología en el trabajo. De este modo, vemos que en su artículo 76 se establece que *los trabajadores podrán utilizar el correo electrónico, la intranet e internet con libertad y en el sentido más amplio posible, para el desempeño de las actividades de su puesto de trabajo*, por lo que, añade en el segundo párrafo, cuando *precisen realizar un uso de estos medios que exceda de lo*

⁶⁵ FJ 4º de la STS de 26 de septiembre de 2007.

⁶⁶ LLAMOSAS TRAPAGA, A., *op. cit.*, p. 87.

⁶⁷ Resolución de 31 de octubre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores. Boletín Oficial del Estado núm. 283, de 23 de noviembre de 2018, páginas 114060 a 114125 (66 págs.)

habitual [...] utilizarán los cauces adecuados de acuerdo con su superior inmediato. Por ello, deducimos que el uso personal de los dispositivos no está permitido, salvo autorización expresa del superior.

De otro lado, a modo de ejemplo, encontramos también el VII Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados⁶⁸, el cual dedica el Capítulo XIV a estos supuestos, disponiendo en su artículo 69 que los empresarios *podrán establecer las normas y prohibiciones oportunas, proporcionales, necesarias y no intrusivas, para evitar el uso extraprofesional del correo electrónico.* De la misma forma se refiere al uso de internet en su artículo 70, declarando que el empresario tiene la potestad de limitar el acceso a internet únicamente al uso profesional dentro y fuera del horario de trabajo. Asimismo, sí que prohíbe expresamente el acceso a redes sociales de uso personal como Facebook u otros chats.

Llama la atención que este mismo convenio utilice una fórmula similar a la del artículo 18 del Estatuto, pues establece también que el correo electrónico y los archivos serán inspeccionados en su caso en el puesto de trabajo, durante las horas de trabajo normales con la asistencia de los representantes legales de los trabajadores. Todo ello pese a que el Tribunal Supremo estableciera que no era aplicable en el caso de los ordenadores por tratarse de un medio del que la empresa era titular. No obstante, esta disposición nos sirve para ejemplificar la posibilidad de control del ordenador.

Por ello, puede deducirse que ver que por medio de los Convenios o por una política de la propia empresa se han regulado los usos de los dispositivos e internet, el trabajador no podrá entender que sus derechos han sido vulnerados por existir una expectativa de confidencialidad, si en todo momento fue consciente de que iba a existir un control, o si bien, ha utilizado el dispositivo con fines privados cuando estaba expresamente prohibido. Así pues, vemos que tal deducción concuerda con STS 241/2012, de 17 de diciembre, que analizaremos posteriormente.

⁶⁸ Resolución de 22 de enero de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados. Boletín Oficial del Estado núm. 38, de 13 de febrero de 2019, páginas 13428 a 13587 (160 págs.)

Recapitulando, cabe recordar que el artículo 87 LOPD reconocía una **segunda facultad** que permitía al empleador acceder a los contenidos de los medios digitales puestos a disposición de sus trabajadores con el fin *garantizar la integridad de dichos dispositivos*, de lo cual se deduce que, en caso de que el dispositivo corra peligro y se detecte la presencia de programas maliciosos como son los virus informáticos, el empresario está legitimado para controlar tal equipo, pues así se deduce del tercer fundamento jurídico de la STS de 26 de septiembre de 2007, el cual determina que la fiscalización de los dispositivos viene a estar justificada también por *la protección del sistema informático de la empresa, que puede ser afectado negativamente por determinados usos, y por la prevención de responsabilidades que para la empresa pudieran derivar también algunas formas ilícitas de uso frente a terceros*.

No obstante, este control únicamente deberá limitarse a la eliminación del virus, pues en ningún momento el empresario debe acceder al equipo y apoderarse de archivos—temporales o no—cuyo control puede ser innecesario para reparar los dispositivos.

A tales efectos, es patente que en el caso que expone la STS de 26 de septiembre de 2007 la empresa CORUÑESA DE ETIQUETAS S.L se extralimitó en el control del dispositivo del trabajador, pues, si bien se constató que en el ordenador de este existían virus informáticos como consecuencia de la navegación por páginas poco seguras de internet, la empresa tuvo que limitarse a proceder a la reparación del equipo.

En este caso, no procedía controlar la carpeta de archivos temporales de antiguos accesos a páginas pornográficas y mucho menos a almacenar en un dispositivo USB tales archivos que posteriormente imprimió, pues tal fiscalización se llevó a cabo sin siquiera conocer el trabajador cuáles eran las limitaciones del uso del ordenador y sin que existiera una prohibición expresa de su uso para fines personales, por lo que éste tenía una razonada expectativa de confidencialidad, resultando irrelevante que su despacho no tuviese llave y el ordenador no tuviera contraseña.

- **STC de 15 de marzo de 2021**⁶⁹

⁶⁹ VLEX- 863386295 (VLex)

La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional a la que nos referimos estima parcialmente el recurso de amparo interpuesto por una trabajadora de Amadeus Soluciones Tecnológicas S.A. (con categoría de *project office*) que entendía que sus derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, entre otros, habían sido vulnerados. Todo ello se remonta a cuando los superiores jerárquicos notaron que los niveles de productividad de la trabajadora habían disminuido en los últimos cuatro años, es por ello que deciden poner en práctica el protocolo de monitorización de su equipo informático con el fin de evaluar si la trabajadora se dedicaba realmente a realizar su trabajo durante la jornada.

Por ello, tras comprobar que únicamente dedicaba el 30% a sus labores y el 70% a cuestiones personales, decidieron despedirla disciplinariamente, alegando además de trasgresión de la buena fe contractual y desobediencia, ofensas hacia los superiores jerárquicos, pues, como se pudo comprobar, en reuniones anteriores la trabajadora había faltado al respeto a sus coordinadores. Tras ello, la trabajadora interpuso demanda ante los Juzgados de lo Social de Madrid, el cual estimó que se habían vulnerado los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, declarando así el despido como nulo y condenando a la mercantil a readmitirla, abonando los salarios de tramitación y condenándola también a una indemnización de 6.251 euros.

La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 19 de Madrid en su sentencia de 17 de noviembre de 2017 razonó que no iba a admitirse una prueba obtenida a través de violaciones a derechos fundamentales, pues, tal y como se desprendía de la carta de despido, la monitorización del ordenador grabó absolutamente todo lo que aparecía por la pantalla de la trabajadora, incluyéndose los mensajes de correo electrónico ajenos a lo laboral cuyos destinatarios eran familiares y una asesora legal. Con base en la STEDH de 5 de septiembre de 2017 (*Caso Barbulescu contra Rumanía*) que analizaremos posteriormente, concluyó también en que la monitorización no estaba justificada y la medida resultó desproporcionada, de modo que por ello constituyó una vulneración para sus derechos fundamentales.

No obstante, estos derechos no eran los únicos que entendía vulnerados la trabajadora, por lo que interpuso recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al igual que la Mercantil, el cual finalmente declaró el despido como improcedente, no nulo, pues pese a que la prueba fuese ilícita al vulnerase los derechos fundamentales de

la trabajadora, no se puede entender que el despido guarde su motivo en la vulneración de estos, sino en el bajo rendimiento de la trabajadora provocado por su mala fe, revocando así la decisión sobre indemnizar a la trabajadora por la vulneración de sus derechos fundamentales en una de las pruebas. Todo ello con base en que lo único que la empresa buscaba era encontrar pruebas para justificarlo, sin embargo, habiendo inadmitido tales pruebas lesivas, sí existían pruebas para justificar el despido.

Tras ello, se interpuso recurso al Tribunal Supremo, el cual fue inadmitido y, posteriormente, se interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por la vulneración a la tutela efectiva en relación con el derecho a la intimidad y al secreto de comunicaciones, pues entendía la recurrente que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia debería declarar la nulidad del despido.

Así pues, el Tribunal Constitucional en su FJ 3, que de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones no dimana ni una exigencia ni un derecho subjetivo que pueda amparar la calificación del despido como nulo, no obstante, pese a esta afirmación, ello no significa que la calificación del despido sea un tema totalmente ajeno a la vulneración de tales derechos. Aclara, además, que, *en otros términos, no existe un derecho constitucional a la calificación del despido laboral como nulo, por lo que la pretensión de la actora no puede tener sustento en una vulneración de los derechos reconocidos en el art. 18.1 y 3 CE.*

No obstante, el TC estima que, al haber reconocido tanto la resolución del Juzgado de lo Social, como la del Tribunal Superior de Justicia que, en efecto, hubo una vulneración a sus derechos fundamentales, los daños por tales vulneraciones debían ser resarcidos y no obviados como en la Sentencia del TSJ de Madrid, por lo que, entiende que, en este supuesto, se entiende vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente. Por ello, el TC declara la nulidad de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, retrotrayendo las actuaciones hasta el momento previo al dictado de la sentencia del TSJ de Madrid.

a) *La supervisión del correo electrónico del trabajador*

Como ya hemos expuesto, pese a que el trabajador tenga a su disposición ciertos dispositivos para desempeñar sus labores, es frecuente que estos además tengan la función de servir de medio comunicación profesional y personal, pues es común ver que tanto

empresarios y trabajadores hacen uso del correo electrónico o redes sociales como herramienta indispensable para transmitir información relativa a la organización de la empresa o, si resulta generalmente tolerado, también para comunicarse con fines personales con otras personas.

Así pues, como comenta F. VALDÉS DAL-RE⁷⁰, el correo electrónico es un sistema que permite que la comunicación transmitida sea recopilada, archivada y digitalizada; hasta tal punto, que la información almacenada puede permanecer más tiempo y con mayor claridad que la documentación escrita. Debido a ello, el control empresarial sobre el referido medio informático, además de atentar contra el derecho a la intimidad, puede lesionar el derecho al secreto de las comunicaciones contenido en el artículo 18.3 CE.

Sin embargo, pese a la habitualidad ya expuesta del uso del correo electrónico y a los posibles conflictos que se plantean de cara a los derechos fundamentales del trabajador y a las potestades del empresario, actualmente ninguna disposición legal regula tal situación, por lo que, como ya hemos visto, son los Convenios colectivos y los Tribunales los que finalmente subsanan tal deficiencia.

- **STC 241/2012, de 17 de diciembre**⁷¹

En este sentido, a través de la STC 241/2012, de 17 de diciembre se puede ver el caso de dos teleoperadoras de la empresa Global Sales Solutions Line, S.L, las cuales, sin autorización de la empresa, a sabiendas de la prohibición expresa, instalaron un programa de mensajería instantánea (*Trillian*) para poder comunicarse entre ellas e incluso verter comentarios críticos y despectivos relativos a sus compañeros de trabajo, superiores y clientes. Posteriormente, esas conversaciones fueron expuestas y las trabajadoras fueron amonestadas. Tras ello, decidieron impugnar ante el Juzgado de lo Social núm. 9 de Sevilla la vulneración de sus derechos fundamentales relativos al secreto de comunicaciones, al honor y a la intimidad, siendo desestimadas sus pretensiones, al igual

⁷⁰ VALDÉS DAL-RE, F., 2017. Doctrina Constitucional En Materia De Videovigilancia Y Utilización Del Ordenador Por El Personal De La Empresa. *Revista De Derecho Social*. <http://vlex.com/vid/doctrina-constitucional-materia-videovigilancia-701526521> ed., 1 Jul 2017, n. 79.

⁷¹ Boletín Oficial del Estado núm. 19, de 22 de enero de 2013

que en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y el Tribunal Supremo. Finalmente, una de las trabajadoras decidió interponer recurso de amparo por vulneración de los mismos derechos.

De este modo, en cuanto a la vulneración de su derecho a la intimidad, el Tribunal Constitucional entendió que no cabía apreciar vulneración, pues al instalar el programa de mensajería lo hicieron en la unidad “C” del equipo puesto a su disposición y tal unidad era de un alcance general para todos los empleados, así, en el Fundamento Jurídico núm. 3 de la Sentencia se entendió que *fueron la demandante de amparo y la otra trabajadora, con sus propios actos, quienes provocaron con su voluntaria actuación que no se vea afectado su derecho a la intimidad al posibilitar el conocimiento de las conversaciones por otro usuario del ordenador, trabajador de la empresa, que casualmente y sin ninguna intencionalidad tuvo acceso a todo su contenido, lo que finalmente provocó la intervención empresarial.*

En lo relativo a la vulneración de su derecho al secreto de las comunicaciones, el Tribunal Constitucional entendió que tampoco existía, pues, al tratarse de un ordenador de uso común para todos los empleados y al existir la prohibición expresa de instalar programas de ese tipo, el *secreto* de tales comunicaciones es casi inexistente, pues no existía ningún elemento del que se dedujera que se tuviese intención de preservar tal *secreto* (protección a través de contraseñas, por ejemplo) y además no existía una tolerancia para instalar programas ni para que el ordenador tuviese un uso personal, por tanto, en otras palabras, *no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado, que era de acceso totalmente abierto y además incurría en contravención de la orden empresarial* (FJ 6).

No obstante, pese a lo ya expuesto, el Fundamento Jurídico 6, *in fine*, reconoce que, aunque en este caso en concreto no quedasen vulnerados tales derechos, puede afirmarse que en el desarrollo de la prestación laboral sí que pueden producirse vulneraciones a tal secreto de comunicaciones protegido por el artículo 18.3 CE, pues, con base en la STEDH de 25 de junio de 1997 (caso Halford contra Reino Unido)⁷², puede

⁷² Caso en el que la Sra. Halford disponía de tres teléfonos que fueron intervenidos

entenderse que a pesar de que exista una clara diferencia entre la esfera privada del trabajador y su vida profesional, y siempre que exista una expectativa razonable de privacidad, las llamadas y, en general, las comunicaciones que se realizan fuera del domicilio privado quedan cubiertas bajo la protección que tienen las nociones de “vida privada” y “correspondencia”, pues, aunque estas comunicaciones se realicen en el lugar de trabajo, no pueden ser objeto de vigilancia.

En este mismo sentido, la más reciente STEDH de 3 de abril de 2007 (caso Copland contra Reino Unido), adaptada a los nuevos tiempos, falla a favor de la existencia de vulneración del artículo 8 CEDH con base en lo expuesto en el caso Halford, pues entiende que puede extrapolarse a la perfección lo expuesto en cuanto a llamadas telefónicas a la utilización del correo electrónico, sin dar especial relevancia a que estos medios hubieran sido puestos a disposición del trabajador por razones de la producción; en otras palabras, parece que para el TEDH resulta irrelevante el hecho de que el empresario sea el propietario de los medios y que el uso de éstos únicamente esté limitado al desarrollo de la prestación laboral, pues únicamente se centra en estimar la existencia de vulneración del derecho fundamental en cuestión.

No es el caso de lo sucedido en el caso de nuestro Tribunal Constitucional, el cual, como ya hemos comprobado, inclina más su postura hacia la libertad del empresario estimando que las medidas tomadas se ajustan a los juicios de proporcionalidad, pues como disponía y a en el FJ 5 de la STC/142, *los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin.*

No obstante, retomando lo expuesto en la STC 241/2012, podemos ver que la decisión tomada por el Tribunal no fue unánime, pues el Voto Particular del Magistrado F. Valdés Dal-Ré difería de la decisión general estimando lo siguiente:

En definitiva y en atención al carácter formal del derecho y a sus contenidos, la protección que ofrece el art. 18.3 CE ha de incluir los supuestos en los que exista, como en el presente amparo, la transgresión de una orden empresarial de prohibición de instalación de sistemas de mensajería electrónica o de empleo de los existentes para un fin ajeno a la actividad laboral, pues el incumplimiento de lo ordenado no habilita en modo alguno interferencias en el proceso o en el contenido de la comunicación, sin perjuicio de que pueda acarrear alguno tipo de sanción. [...] la infracción de las órdenes

empresariales tolera la imposición de las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico, pero ni consiente la vulneración directa de derechos fundamentales al amparo del incumplimiento de la orden empresarial, ni tampoco las intromisiones empresariales enderezadas a verificar o comprobar la existencia de las comunicaciones, incluso cuando ex post, cometida la vulneración y gracias a esa ilegítima práctica, quede acreditado que aquellas sanciones eran ajustadas a Derecho. La Sentencia confunde gravemente ese doble plano; soslaya que la desatención de las órdenes empresariales [...] no puede justificar lesiones de derechos fundamentales (por todas STC 41/2006, de 13 de febrero, FL 5), y que ese criterio no varía en los terrenos del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, debiendo existir una desconexión patente entre la sanción y el factor constitucionalmente protegido

En suma y parafraseando también lo expuesto en el Voto Particular, lo ocurrido en el caso de la trabajadora es equiparable a la entrega de cartas a domicilio, pues el hecho de que el buzón esté abierto o se realice la entrega mediante un sistema de casilleros abiertos, no habilita a terceros a abrir y leer las cartas de otras personas, pese a que sea perfectamente factible. Del mismo modo, aunque estuviese a disposición de todos los trabajadores lo contenido en la Unidad “C” del ordenador de la empresa, no significa que habilite a los demás a leer las conversaciones privadas de las trabajadoras.

En el mismo sentido, la STS de 26 de septiembre de 2007 en su FJ núm. 4 determinó que el hecho de que un ordenador no tuviese clave de acceso no suponía por sí mismo una aceptación, por parte del trabajador, de un acceso abierto a la información contenida en su ordenador.

En definitiva, F. VALDÉS DAL-RE⁷³ en su artículo entiende que dentro del haz de facultades del empresario se encuentra el poder para restringir, mediante distintos programas, el uso del ordenador para fines personales; no obstante, no por ello se le faculta para controlar el contenido de los mensajes que el trabajador hubiera transmitido a través de ese medio, pues, salvo supuestos excepcionales, la inviolabilidad de ese contenido constituye un límite infranqueable para el empresario. De modo que, si se aprecia la vulneración de las prohibiciones del uso personal de los dispositivos, lo único que podrá hacer el empresario es, a través de su potestad disciplinaria, imponerle la sanción correspondiente al trabajador, pero en ningún caso podrá acceder a tal contenido personal que el trabajador

⁷³ VALDÉS DAL-RE, F., *op. cit.*, pp. 33-34.

ha vertido en los dispositivos por incumplir las normas impuestas.

- **STC 170/2013, de 7 de octubre**⁷⁴

En esta sentencia más reciente los fundamentos, aun siguiendo la misma línea de la anterior STC, resultan distintos, pues los hechos de este caso podrían poner de manifiesto un conflicto más enrevesado que el anterior.

Así pues, vemos que se trata de un trabajador que prestaba servicios para una empresa química industrial (ALCALIBER S.A.) que fue despedido de forma disciplinaria por deslealtad y por trasgredir la buena fe contractual, pues no sólo es que utilizara para usos personales el teléfono móvil y del correo electrónico puestos a disposición por la empresa cuando estaba expresamente prohibido por el Convenio colectivo, sino que además el «uso personal» que le daba consistía en proporcionar información confidencial a personal de otra mercantil. Es por ello que, ante las sospechas de deslealtad, el empleador decidió examinar en presencia de un notario el contenido de los mensajes SMS del teléfono móvil y, por otro lado, efectuar una copia del disco duro del ordenador del trabajador.

Es por ello por lo que entran en conflicto nuevamente los derechos a la intimidad y al secreto de comunicaciones del trabajador frente a los poderes del empresario.

Ahora bien, como ya hemos expuesto anteriormente, es recomendable que quede regulado el uso de los dispositivos electrónicos puestos a disposición por el empresario, por lo que, en este supuesto, era de aplicación el XV Convenio Colectivo de la industria química, el cual, en su artículo 59.11, tipificaba como *falta leve* la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa para fines distintos a la prestación laboral, al igual que disponía el artículo 79.2 disponiendo que *el correo electrónico es de exclusivo uso personal*. Por tanto, como ocurría en el caso anterior, existía prohibición expresa a usos extralaborales.

De otra parte, tampoco podía entenderse que existiera una expectativa fundada y razonable de confidencialidad, pues debido a tal prohibición expresa, se entendía que la

⁷⁴ Boletín Oficial del Estado núm. 267, de 07 de noviembre de 2013

empresa estaba facultada para controlar si la utilización de los medios puestos a disposición eran los adecuados a la buena fe y al cumplimiento de las obligaciones laborales. Por ello, el TC entiende que el canal de comunicación utilizado *se hallaba abierto al ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario; sometido en consecuencia a su posible fiscalización, con lo que, de acuerdo con nuestra doctrina, quedaba fuera de la protección constitucional del art. 18.3 CE.*

Así pues, habiendo rechazado la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, en lo relativo al derecho a la intimidad la STC dispone en su FJ 5 que tampoco se ha visto vulnerado.

La explicación se halla en que, pese a que, según el FJ 2 de la STC 173/2011, de 7 de noviembre⁷⁵, formen parte del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido tanto los datos personales, como el cúmulo de información que almacena un usuario en su ordenador personal, y de igual forma las SSTEDH⁷⁶ de las que hablábamos en el caso anterior dispongan que los correos electrónicos enviados desde el lugar de trabajo estuvieran incluidos en el ámbito de protección del artículo 8 del CEDH, la intimidad no es un derecho absoluto e infinito, sino que cuenta con límites y deben ceder a otros intereses constitucionalmente relevantes. Por ello, al igual que con el secreto de las comunicaciones, al ser los medios informáticos susceptibles de supervisión, tal y como expresamente disponía el Convenio, no se contaba tampoco con una expectativa razonable de privacidad y era factible realizar un control con el fin de comprobar que el uso que se le daba a los medios era estrictamente profesional.

Por otro lado, el TC entiende que el acceso por la empresa al contenido de los correos no fue excesivo o desproporcionado para la satisfacción de los intereses empresariales. De este modo, al realizar el juicio de proporcionalidad, se entendió que era una medida justificada:

- a) Relativo al juicio de idoneidad, la medida era idónea para verificar si el trabajador cometía efectivamente la irregularidad sospechada.*

⁷⁵ Boletín Oficial del Estado núm. 294, de 07 de diciembre de 2011

⁷⁶ SSTEDH de 3 de abril de 2007 (caso Copland contra Reino Unido) y de 25 de junio de 1997 (caso Halford contra Reino Unido)

- b) *Relativo al juicio de necesidad*, la medida se consideraba necesaria, pues, como instrumento de transmisión de dicha información confidencial, el contenido de los correos servía de prueba para acreditar la irregularidad ante la eventual impugnación de la sanción. No era suficiente para acreditar la infracción la mera identificación del remitente y destinatario.
- c) *Relativo al juicio de proporcionalidad en sentido estricto*, la medida era ponderada y equilibrada, pues al margen de las garantías con las que se realizó el control empresarial a través de notario y perito informático, la empresa no recabó ni aportó como prueba correos relativos a la vida personal y familiar del trabajador, sino las relativas a justificar la sanción grave por la infracción del mismo carácter consistente en revelar información confidencial, contemplada en el artículo 61.9 del Convenio colectivo de aplicación. De modo que la medida fiscalizadora del empresario no resultaba desmedida respecto a la afectación sufrida por la privacidad del trabajador.

b) *Discrepancias entre la Doctrina del Tribunal Constitucional, la Sala 4º del Tribunal Supremo y la Sala 2ª del Tribunal Supremo*

Como hemos podido ver a lo largo de este epígrafe, la doctrina de la Sala 4ª (Social) del Tribunal Supremo, concretamente en la STS de 26 de septiembre de 2007, determinaba que para que los derechos fundamentales no se vieran vulnerados con el control del empresario, era suficiente el hecho de fijar previamente las normas relativas al uso de dispositivos electrónicos puestos a disposición del trabajador, ya fuera por prohibiciones absolutas o parciales. De forma similar, las SSTC que hemos expuesto entendían que los derechos fundamentales de los trabajadores no se veían lesionados al no existir una *expectativa general de confidencialidad* y al fijar expresamente que los medios puestos a su disposición podían ser susceptibles de control, o bien, que estos no podían ser utilizados para asuntos personales. Recordemos que la STS de 26 de septiembre de 2007 disponía en su FJ 4 que la expectativa general de confidencialidad no puede convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, porque, aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización.

Frente a ello, vemos que el Código Penal tipifica como delito el hecho de intervenir comunicaciones, independientemente si se trata de un trabajador o no. De este modo, en su artículo 197 dispone que *el que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.*

Así pues, la Sala 2ª, de lo Penal, del Tribunal Supremo en su Sentencia de 528/2014, de 16 de junio⁷⁷, nos expone el supuesto de un trabajador de la empresa PARQUES REUNIDOS, S.A., que se dedicaba a la elaboración de ficheros con la relación de las facturas que debían pagarse y a comprobar los impagos y sus motivos para confirmar tales impagos, realizando nuevas órdenes de pago. De este modo, el trabajador, al percatarse de la falta de control en el método de efectuar las nuevas órdenes de pago, se dedicó a falsificar reclamaciones de pago hasta que la empresa intervino el equipo informático utilizado por el trabajador y le denunció por un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso ideal medial con un delito continuado de estafa.

De este modo, como lo que nos concierne en este trabajo es ver el tratamiento que la Sala de lo Penal les da a las intervenciones del empresario a los medios informáticos del trabajador, podemos ver que, al alegar el trabajador que se habían vulnerado su derecho de un proceso con garantías, *ex* artículo 24.2 CE⁷⁸, por el hecho de intervenir su equipo informático y el disco duro sin autorización judicial, la STS 528/2014, en su FJ 1.B, entiende que, *en aras de fijar una clara doctrina en materia de tanta trascendencia*, pese a que la anterior instancia entendiera lo mismo que la doctrina del Tribunal Constitucional y que la Sala 4ª de lo Social del Tribunal Supremo, la Constitución Española es clara en sus artículos relativos a la protección del secreto de las

⁷⁷ VLEX- 520649842 (VLex)

⁷⁸ Art. 24.2 CE: Asimismo, todos tienen derecho [...] a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

comunicaciones, por lo que en ningún caso contempla ningún caso en el que se pueda vulnerar ese derecho sin autorización judicial. Así, dispone lo siguiente:

[La Constitución Española] *No contempla, por tanto, ninguna posibilidad ni supuesto, ni acerca de la titularidad de la herramienta comunicativa (ordenador, teléfono, etc. propiedad de tercero ajeno al comunicante), ni del carácter del tiempo en el que se utiliza (jornada laboral) ni, tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado ("correo corporativo"), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia.*

Continúa la STS afirmando que el hecho de una «tácita renuncia» al derecho, como puede ser el hecho de aceptar un contrato de trabajo y, por tanto, estar bajo el ámbito de un Convenio Colectivo, no autoriza al empresario o a cualquier tercero a inmiscuirse en las comunicaciones de los sujetos, pues es lógico que el comunicante no desea renunciar a la confidencialidad. Por otro lado, aún cuando se entienda que se renuncia a tal confidencialidad, expone la sentencia que *a diferencia de lo que ocurre con la protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), nuestra Carta Magna no prevé, por la lógica imposibilidad para ello, la autorización del propio interesado como argumento habilitante para la injerencia.*

Así, el FJ 1.B de la STS finaliza aclarando que, *en el ámbito del procedimiento penal, el que a nosotros compete, para que pueda otorgarse valor y eficacia probatoria al resultado de la prueba consistente en la intervención de las comunicaciones protegidas por el derecho consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución, resultará siempre necesaria la autorización e intervención judicial.* Todo ello con base en la gravedad y trascendencia que suponen tales injerencias, pues son capaces de revelar toda clase de actos referentes a la privacidad del comunicante, tanto los de interés para la investigación como otros que no lo son. Además, dicha injerencia se produce en una situación de indefensión, pues ya sea por ignorancia del comunicante o por el hecho de que sea un trabajador y el medio electrónico sea de titularidad empresarial, la incursión en sus comunicaciones supone una grave injerencia en el derecho al secreto tanto de él como de los receptores ajenos a la situación de «tácita renuncia».

Por ello, a nuestro juicio, según esta misma doctrina, los actos del empresario podrían enmarcarse a la perfección en el tipo establecido en el artículo 197 del Código Penal, pues en ninguno de los casos señalados se ha procedido a solicitar una autorización judicial para examinar los dispositivos y, en definitiva, ejercer la facultad fiscalizadora. Lo cual, bajo nuestra humilde opinión, resulta paradójico, pues, como comentábamos en

anteriores epígrafes, la facultad punitiva del empresario es libre y no se precisa de una autorización judicial o de un control *ex ante*, pues este sólo obrará si el trabajador impugna posteriormente la sanción impuesta ante el orden Social.

c) Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 5 de septiembre de 2017 (Caso Barbulescu contra Rumanía)

En esta Sentencia se examina el recurso de un trabajador dedicado a la ingeniería de ventas que vio vulnerado su derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, consagrado en el artículo 8 del CEDH.

Todo ello se remonta a cuando, a petición de su empresa, el trabajador creó una cuenta de mensajería instantánea de *Yahoo Messenger*, existiendo un reglamento de empresa que expresamente prohibía el uso de ordenadores, fotocopiadoras, teléfonos y otros medios con fines personales. Posteriormente, la empresa, tras supervisar sus conversaciones, comunicó al trabajador su despido, puesto que que había incumplido lo dispuesto en el reglamento sobre el uso de internet con fines personales, lo cual él negaba; no obstante, la empresa consiguió demostrándoselo con la transcripción de mensajes privados e incluso íntimos que enviaba a su hermano y a su pareja.

. Tras ello, buscó amparo en los tribunales ordinarios de Rumanía, los cuales entendían que el despido era perfectamente válido, puesto que los medios utilizados por el trabajador eran de titularidad empresarial y, por ende, al tener el empresario el derecho y el deber de velar por su empresa, tiene derecho a supervisar el modo en el que sus empleados llevan a cabo sus labores. Además, determinaron que el empresario tenía facultades disciplinarias que, en este caso, se traducían en permitir monitorizar y transcribir las comunicaciones de su empleado para conseguir pruebas del mal uso de los teléfonos, ordenadores y correo electrónico.

Ante esto, la Gran Sala del TEDH debía analizar si se había conseguido o no el debido equilibrio entre los intereses empresariales y los derechos del artículo 8, pues como entiende en el §108 de la sentencia, las obligaciones de no interferir en la vida privada de los individuos, impuestas por el artículo 8 CEDH al Estado, no significa que si es otro sujeto de carácter privado el que pone en práctica actos destinados a la vulneración de derechos, el Estado deba desentenderse; pues, el artículo 8 CEDH impone

una serie de obligaciones de carácter positivo tendentes garantizar el respecto de los derechos frente a otros y ello se podrá realizar por medio de la ponderación de los intereses en conflicto.

De otro lado, la Gran Sala entra a analizar la vulneración en sí por parte de la empresa, determinando, en primer lugar, que el trabajador no había sido informado previamente de la naturaleza y alcance de la monitorización por parte del empresario, ni de la posibilidad de que este tuviese acceso a sus mensajes privados. Este detalle fue ignorado por los tribunales rumanos, al igual que el análisis de si el empresario tuvo oportunidad de utilizar medios menos intrusivos para conseguir satisfacer sus intereses. De este modo, en el §141 concluye que efectivamente el Estado de Rumanía había violado, a través de sus tribunales, los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del trabajador.

2.2. Videovigilancia y sonido: evolución de la doctrina constitucional y análisis de la doctrina del TEDH

Si bien es cierto que el control del empresario en el supuesto anterior se derivaba del uso que dan los trabajadores a los medios puestos a disposición por él, en estos supuestos, vemos que el control no se ejerce ya para fiscalizar el uso, sino que los medios titularidad del empresario son el brazo ejecutor de posibles intromisiones destinadas a controlar el cumplimiento de los deberes del trabajador a través de la captación de imágenes y/o sonido.

Como expone A. LLAMOSAS TRAPAGA⁷⁹, son dos las razones que podrían justificar la introducción de dichos sistemas en la vida diaria de las empresas:

- 1) Razón por cuestiones técnicas: un seguimiento del desarrollo de las actividades diarias permite la realización de una progresiva evaluación de los trabajadores, para de ese modo poder adaptar y mejorar la organización empresarial a las necesidades tanto de la empresa, como de los propios empresarios
- 2) Razón de seguridad: y siendo probablemente considerado como el argumento más ocupado para el uso de estos medios, es el de la seguridad, tanto de las

⁷⁹ LLAMOSAS TRAPAGA, A., *op. cit.*, p. 140.

personas que se hallan en la empresa, como de todos los bienes que se encuentran en ella.

No obstante, las cámaras y los mecanismos de grabación de sonido no cuentan con capacidad suficiente para discernir entre captaciones de carácter privado ajenas a la actividad laboral o de otras que atienden a las razones expuestas anteriormente, por lo que nuevamente nos encontramos ante un conflicto entre las facultades del empresario, reconocidas por el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, y los derechos de sus trabajadores.

Frente a estos conflictos, según se deduce del texto del artículo 20 bis al establecer que el trabajador tiene derecho a la intimidad *en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, debemos acudir a la Ley Orgánica 3/2018, la cual ofrece determinadas pautas, frente a la anterior desregularización que existía en este campo.

Por ello, en primer lugar, establece en su artículo 89.1 que si bien los empleadores pueden tratar las imágenes que capten los medios audiovisuales, deberán hacerlo conforme a los límites inherentes a su marco legal. Añade también que los empleadores tienen el deber de informar a sus trabajadores de que se está llevando a cabo el control audiovisual con carácter previo y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores, pues el hecho de que exista la excepción—basada en lo dispuesto en el artículo 6.1.b) del Reglamento (UE) 2016/679, del artículo 6.3 en la misma LO 3/2018 relativa al tratamiento de datos sin consentimiento cuando exista una relación contractual de por medio—no significa que el empresario esté eximido del deber de informar de forma expresa, precisa e inequívoca de la existencia del tratamiento y destino de los datos recabados.

El segundo párrafo de tal artículo añade que en el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito cuyo autor sea el trabajador, se entenderá cumplido el deber de información cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de tal ley, es decir, *un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679*.

En segundo lugar, en su artículo 89.2 establece que en ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos o de videovigilancia en los lugares destinados al descanso o esparcimiento de trabajadores, como son los vestuarios, los aseos, comedores y análogos.

Por último, en el artículo 89.3 se restringe la utilización de tales mecanismos únicamente cuando se pueda entender que existen riesgos objetivos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores.

Sin embargo, con anterioridad a tales disposiciones, eran los Tribunales quienes se encargaban de suplir la laguna existente en cuanto a la captación de imágenes y sonido en el ámbito laboral.

a) Recorrido a través de la Doctrina del Tribunal Constitucional: análisis y evolución

Así pues, a lo largo de este epígrafe haremos un recorrido a través de las diversas resoluciones dimanantes del Tribunal Constitucional y podremos ver cómo ha evolucionado su doctrina a lo largo de tan sólo unas décadas:

- **STC 98/2000, de 10 de abril**⁸⁰

El primero de los casos que resultó constitucionalmente interesante, relativo a la instalación de sistemas de videovigilancia, fue el de la STC 98/2000, de 10 de abril, más conocido como el caso “Casino La Toja”.

El origen de la controversia se centra en la acción de la empresa Casino de La Toja, S.A., la cual, sin recabar ningún tipo de informe del Comité de empresa y habiendo instalado previamente un circuito cerrado de televisión, decidió instalar además un sistema de sonido que permitía recoger y grabar conversaciones en las dependencias de la caja y donde se hallaba una ruleta francesa. Estos mecanismos pasaban inadvertidos,

⁸⁰ Boletín Oficial del Estado núm. 119, de 18 de mayo de 2000

pero no se encontraban lo suficientemente ocultos para que los trabajadores no se percataran de la presencia de ellos.

El presidente de Comité de tal empresa, tras solicitar la retirada de los dispositivos y frente a la negativa de la empresa, inició la acción de derechos fundamentales, cuyo conocimiento pertenecía al Juzgado de lo Social núm. 3 de Pontevedra, el cual estimó que existía vulneración a la intimidad del personal de los trabajadores, declarando así la nulidad de la conducta empresarial consistente en dicha instalación. También ordenó el cese de la conducta y la reposición de la situación al momento anterior a la instalación de los micrófonos, pues entendió que la instalación de aparatos visuales era menos limitativa de la intimidad.

Ante tal decisión, la empresa decidió recurrir al Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el cual—contra toda la línea que veníamos exponiendo durante epígrafes anteriores—entendió que el centro de trabajo no constituía un espacio en el que se ejerza el derecho a la intimidad por parte de los trabajadores, estimando finalmente que las conversaciones de los trabajadores y clientes relacionadas con la actividad laboral o profesional *no estaban amparadas por el derecho a la intimidad, y no hay razón alguna para que la empresa no pueda conocerlas*, pues el derecho a la intimidad se ejerce únicamente en lugares de descanso y esparcimiento, como vestuarios, baños, etc. Ante eso, el presidente del comité interpone recurso de casación que fue inadmitido.

Así pues, el Tribunal Constitucional recordó que su doctrina había establecido reiteradamente la plena efectividad de los derechos fundamentales en todos los aspectos de la vida del individuo, incluido el ámbito laboral, de modo que, tal y como lo establece el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, en relación con su artículo 2, se entiende que, aunque suceda en el desarrollo de la actividad laboral, serán intromisiones ilegítimas *el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas y la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.*

No obstante, el TC también recordó que tales derechos no son ilimitados y pueden ceder y modularse ante intereses constitucionalmente relevantes como lo es la libertad de empresa y, por ende, los poderes de dirección y control del artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, pese a que los derechos sean susceptibles de ceder, al desarrollarse en el ámbito organizativo de la empresa, la STC en su FJ 7 añade que tales cesiones o modulaciones *tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que, si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad.*

A este pronunciamiento, la STC añade que, además de la relevancia de la ubicación de los dispositivos de vigilancia, es necesario atender a la finalidad pretendida con la instalación de tales mecanismos, si existían verdaderas razones de seguridad, si la instalación se ha realizado de forma masiva e indiscriminada, o bien, si los sistemas eran visibles o se habían ocultado.

Por ello, en este caso, el Tribunal Constitucional entiende que la implantación de tales sistemas no se ha realizado conforme a los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rige la modulación de los derechos fundamentales por las necesidades propias de los intereses de las facultades del empresario, pues resulta desproporcionado sacrificar la intimidad de los trabajadores e incluso la de los clientes para salvaguardar los intereses empresariales, sin olvidar que los trabajadores, al sentirse constantemente vigilados, se encontrarían bajo una situación de tensión constante. De modo que, tal actuación, como se ve en el FJ 9 de la STC, *rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga el art. 20.3 LET.*

- **STC 186/2000, de 10 de julio**⁸¹

Tan sólo tres meses después, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre este caso relativo a la instalación de cámaras ocultas en el economato de la empresa

⁸¹ Boletín Oficial del Estado núm. 192, de 11 de agosto de 2000

ENSIDESA, concretamente en tres cajas registradoras y en el mostrador de la zona textil, pues la empresa tenía sospechas del *irregular proceder de los cajeros*, las cuales fueron confirmadas al descubrirse que tres empleados sustraían dinero y otros productos textiles. Por ello, los trabajadores fueron despedidos, lo cual derivó en interposición de papeleta y demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 1 de Avilés, cuyo pronunciamiento concluyó en declarar procedente el despido, pues anteriormente, haciendo el siguiente pronunciamiento, decidió admitir la prueba captada por las cámaras ocultas:

Se plantea a partir de una situación de sospecha fundada, que el medio utilizado se presenta como el único viable para efectuar la pesquisa necesaria con garantía de un resultado fiable y que, en definitiva, fue encargado a terceros cuya actuación es la de un testigo. Por otra parte, el método utilizado se empleó en los límites mínimos, ya que se concretó a la vigilancia de un puesto de trabajo que es eminentemente público, donde el trabajador está a la vista de todo el mundo y en el que es improbable que se registre acto alguno que entre en la esfera de su intimidad personal ... Por lo expuesto y teniendo en cuenta que la exhibición de las cintas de vídeo está acompañada de informe y explicaciones (en acto de juicio) por quienes son propuestos como testigos, ese valor ha de concederse a las pruebas técnicamente

Tras recurrir al Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, éste se pronunció en el mismo sentido, puesto que se entendía que el objetivo de la filmación de los hechos no era inmiscuirse en su vida íntima, sino únicamente a obtener un conocimiento de cuál era su comportamiento laboral, de las actividades que realizaban de cara al público y, en suma, se trataba de una indagación particular de la conducta de determinados trabajadores, pues así se deducía de la colocación estratégica de las cámaras. Tras ello, la parte trabajadora, acudió al Tribunal Supremo, el cual inadmitió su recurso.

Al entender que la prueba vulneraba los derechos fundamentales relativos a la intimidad y propia imagen, *ex* artículo 18.1, el trabajador decidió recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual recordando toda la doctrina ya expuesta relativa a los límites del derecho a la intimidad, en su FJ 6 expuso que, al no ser el poder disciplinario una potestad dirigida a producir resultados inconstitucionales lesivos para los derechos fundamentales del trabajador, se debe encontrar un equilibrio necesario entre tales derechos y tales poderes; todo ello por medio de los juicios de proporcionalidad, así en su FJ 7 se aprecia el resultado de tales juicios:

- a) *Relativo al juicio de idoneidad*, la medida era idónea para verificar si los trabajadores cometían efectivamente las irregularidades sospechadas consistentes en la sustracción de dinero y otros objetos textiles.
- b) *Relativo al juicio de necesidad*, la medida se consideró necesaria, ya que tales filmaciones tenían la finalidad de acreditar posteriormente, en caso de impugnación de la sanción, que la falta había sido cometida.
- c) *Relativo al juicio de proporcionalidad en sentido estricto*, la medida resultó equilibrada, pues la grabación de imágenes se limitó a unas determinadas zonas estratégicas y a una duración temporal limitada, únicamente con el fin de comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada.

De otro lado, el Tribunal Constitucional, haciendo referencia a la STC 98/2000 que comentábamos anteriormente, entendió que al contrario que en ese caso, esta medida no obedeció al propósito genérico de controlar y vigilar, sino que, además, en este caso sí que quedó acreditado que la instalación de tales cámaras resultaba indispensable por el evidente descuadre contable y a las advertencias de comportamientos irregulares.

En conclusión, el Tribunal Constitucional rechaza la vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen del trabajador, pues el mero hecho de grabar cómo se desempeñaban las tareas no resultaba arbitrario ni caprichoso, ya que, además de que ni siquiera se pretendiera divulgar tal conducta, estaba justificado por el interés de comprobación del empresario en conocer si las actuaciones de los trabajadores y, en concreto, del recurrente, era contraria a la buena fe.

- **STC 29/2013, de 10 de julio**⁸²

En esta sentencia mucho más reciente que las anteriores, por primera vez se relaciona la videovigilancia con la protección de datos de carácter personal, asumiendo que la imagen de un individuo también forma parte de lo denominado «datos personales».

Así pues, el caso que se plantea es el de un trabajador de la Universidad de Sevilla que entiende que se vulneran tanto su derecho a la intimidad como su derecho a la

⁸² Boletín Oficial del Estado núm. 192, de 11 de agosto de 2000

protección de datos. Todo ello radica en que la Universidad, al sospechar que el trabajador incumplía su jornada, decidió verificar si esta se llevaba a cabo en las horas que el trabajador registraba o no. Para ello se valió de las cámaras de seguridad ubicadas en los accesos al recinto de su sede, las cuales finalmente confirmaron las sospechas, por lo que al trabajador le fueron impuestas tres sanciones consistentes en suspensión de empleo y sueldo de tres meses cada una, conforme a lo dispuesto en el Convenio Colectivo.

El trabajador impugnó las sanciones, resultando desestimadas sus pretensiones. No obstante, en nuestro trabajo, resulta relevante el hecho de que el Juzgado núm. 4 de Sevilla, encargado del conocimiento del asunto, examinó la validez de la prueba obtenida a través de las cámaras de videovigilancia instaladas. De este modo, se probó que la Universidad de Sevilla contaba con hasta 19 autorizaciones de la Agencia Española de Protección de Datos para hacer uso de tales cámaras y otros mecanismos, destacando especialmente la licencia número 16, pues era la que autorizaba para la recopilación de información relativa al control de acceso de las personas de la comunidad universitaria y el personal de empresas externas a los campus y centros. Por ello, al formar parte de tal *comunidad universitaria*, el juzgador entendió que el trabajador en cuestión no podía sentir que su derecho estaba siendo vulnerado.

Del mismo modo, también entendió que la actuación de la Universidad respetaba el principio de proporcionalidad y que concurrían los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto:

Pues la comprobación, mediante visualización de las grabaciones, de si el actor entraba en la dependencia donde tiene su despacho u oficina a la hora establecida es una medida idónea para conseguir el objetivo propuesto; además, era una medida necesaria, por no existir otra más moderada y razonable para efectuar dicho control de asistencia, sobre todo ante la sospecha de que los partes de firma de entrada y salida, que los propios trabajadores cumplimentaban, estuviesen siendo falsificados; y no se alcanza a entender que cause más perjuicios a otros bienes o valores constitucionales en conflicto que beneficios para el interés general se deriven de ello, pues las cámaras están instaladas en vestíbulos o zonas de paso públicos y no en recintos cerrados o reservados al trabajador donde éste pueda presumir que dispone de un ámbito de intimidad digno de protección.

Posteriormente, con impulso del trabajador, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) instruyó expediente sancionatorio en el constaba que la Universidad de Sevilla había infringido lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (antigua LOPD), es decir, en otras palabras, la Universidad no había informado previamente de forma expresa, precisa

e inequívoca de la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de su finalidad y de los destinatarios de tal información.

A sabiendas de esto, el trabajador recurrió a la segunda instancia y aportó la resolución de la AEPD, sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía volvió a desestimar el recurso, mostrando como irrelevante el hecho de no haber cumplido con el deber de información, pues en su propia sentencia dispuso que *la citada resolución sólo imputa a la Universidad la falta de información prevista en dicho art. 5*. Añadió también el Tribunal que no resultaba de aplicación la doctrina constitucional relativa a la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas.

Tras esto, se presentó incidente de nulidad de actuaciones que finalmente fue desestimado también. Por ello, la última vía para reclamar el amparo de sus Derechos Fundamentales era el Tribunal Constitucional. De este modo, en su Sentencia 29/2013, de 11 de febrero, concretamente en su FJ 5, dispuso, al igual que lo hacía la normativa, que las imágenes grabadas en un soporte físico también tienen carácter de «dato personal», por lo que su protección también se subsume en el artículo 18.4 CE, al ser lógico que las imágenes identifican y permiten la identificación de los individuos⁸³ y el hecho de grabarlas utilizando mecanismos de videovigilancia constituyen también un tratamiento de tales datos.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional entendió que, para dirimir este conflicto entre las facultades del empresario y el derecho a la protección de datos del trabajador, debía acudir a su propia Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, por lo que atendiendo a esta y concretamente a su FJ 6, vemos que pone de manifiesto que el poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si se desconoce el tratamiento de estos, por lo que cabe deducir que es de suma relevancia cumplir con el deber de información, resultando irrelevante si existe o no habilitación legal para recabar los datos sin necesidad de consentimiento, ya que, como expone la STC 29/2013 en su FJ 7, *es*

⁸³ En el mismo sentido, el artículo 3.a. de la antigua LOPD considera que tiene carácter de dato personal *cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*.

patente que una cosa es la necesidad o no de autorización del afectado y otra, diferente, el deber de informarle sobre su poseedor y el propósito del tratamiento.

El FJ 7 de STC 29/2013 continúa recordando que los derechos fundamentales no son absolutos, permitiendo que existan límites legalmente previstos cuando se impongan para la consecución de otro fin legítimo previsto. No obstante, en este supuesto no existía ninguna habilitación legal expresa para la privación del derecho a la información de los individuos y, en particular, del trabajador.

De otro lado, el TC tampoco entendía que el incumplir el deber de información tuviera su justificación en el interés empresarial de controlar la actividad laboral a través de sistemas *sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia*, pues se confundiría la legitimidad de comprobar el cumplimiento de las obligaciones laborales con la constitucionalidad del acto.

Así pues, entendemos que, pese a que la Universidad tuviera el objetivo legítimo de desarrollar su facultad fiscalizadora, no resulta constitucional evadir el deber de información exigido por ley. Por tanto, el FJ 7 continúa aclarando que el simple interés privado del empresario no es de suficiente entidad como para justificar un tratamiento de datos en contra del trabajador sin una información previa sobre el control laboral que se va a practicar. De este modo, el FJ 7 concluye exponiendo que en el ámbito laboral *no será suficiente que el tratamiento de datos resulte en principio lícito, por estar amparado por la Ley (arts. 6.2 LOPD y 20 LET), o que pueda resultar eventualmente, en el caso concreto de que se trate, proporcionado al fin perseguido; el control empresarial por esa vía, antes bien, aunque podrá producirse, deberá asegurar también la debida información previa.*

De otro lado, vemos en el artículo 3 de la Instrucción 1/2006 de la AEPD⁸⁴ que es necesario que para cumplir con el deber de información en el caso de los sistemas de videovigilancia, se proceda previamente a la colocación de un distintivo informativo ubicado en un lugar suficientemente visible que, como dispone en su anexo, incluya una

⁸⁴ Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. Boletín Oficial del Estado núm. 296 de 12 de Diciembre de 2006

referencia a la LOPD, una mención a la finalidad para la que se tratan los datos (p.ej.: «ZONA VIDEOVIGILADA»), y una mención expresa a la identificación del responsable ante quien puedan ejercitarse los derechos. No obstante, resulta curioso que la STC 29/2013 en su FJ 8 entendió que no era suficiente un distintivo genérico anunciando la instalación de cámaras y la captación de imágenes en el recinto universitario, tampoco lo era la notificación de creación de un fichero a la AEPD, pues, como hemos visto en la Instrucción, es necesario que se concrete de forma expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que tal captación podía dirigirse y, por ende, la posibilidad de imponer sanciones.

En definitiva, el Tribunal Constitucional entendió que sí que se vio vulnerado el derecho a la protección de datos del trabajador en cuestión, anulando así la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Sevilla, y la sentencia y el auto relativo al incidente de nulidad de actuaciones del TSJ de Andalucía; por lo que cabe recordar que el hecho de que sólo se obviase informar del tratamiento de los datos personales sí que era de gran relevancia para la protección de tales datos.

- **STC 39/2016, de 3 de marzo**⁸⁵

Tres años después, el Tribunal Constitucional volvía a tratar el amparo del derecho a la protección de datos en el ámbito laboral, matizando así su propia doctrina anterior.

En esta sentencia se plantea el caso en el que una de las trabajadoras de Bershka BSK España, S.A. entiende que sus derechos se ven vulnerados por la instalación de un nuevo sistema de control informático de caja. El motivo de tal instalación se debía a la multitud de irregularidades existentes en el departamento relativas a apropiación de dinero por parte de algunos trabajadores.

Tal sistema de seguridad fue instalado sin comunicación expresa a los trabajadores, pese a que en el escaparate del establecimiento se colocó en un lugar visible el distintivo al que se refiere la Instrucción 1/2006 de la AEPD que ya comentamos.

⁸⁵ Boletín Oficial del Estado núm. 85, de 8 de abril de 2016

Gracias a tal sistema, la empresa pudo verificar que la trabajadora se apropiaba de efectivo de la caja de la tienda habitualmente, valiéndose para ello de operaciones falsas de devoluciones de venta de prendas. No obstante, entendiendo la trabajadora que el despido era nulo por vulnerar su intimidad, honor y dignidad, interpuso demanda ante la jurisdicción social, motivada en que, si bien era conocedora de que existían cámaras de seguridad instaladas, no había sido informada previamente del tratamiento de las imágenes captadas.

Llegando el asunto al conocimiento del Juzgado de lo Social núm. 2 de León, se desestimó la demanda y se declaró procedente el despido, pues la actora había reconocido los hechos de forma plena e incluso pidió disculpas por sus malos actos. De otro lado, se entendió que, con arreglo a la STC 186/2000, la empresa actuó de esa forma dado que el control oculto efectuado era el único medio posible para satisfacer el interés empresarial de conocer la identidad del trabajador que se apropiaba de las cantidades de dinero.

Del mismo modo, el TSJ de Castilla y León entendió que la decisión de la empresa era la adecuada, pues se satisfizo el juicio de proporcionalidad exigido, pues el empresario tiene la potestad de control reconocida por el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y, además, la medida resultaba idónea para exteriorizar, conocer e identificar las irregularidades de la caja, también resultaba necesaria para determinar cuáles eran las irregularidades cometidas y el modo de ejecutarlas, resultando también proporcional por la colocación estratégica de tales cámaras.

De esta forma, acudiendo al Tribunal Constitucional y alegándose la vulneración del artículo 18.4 de la Constitución, a través de la STC 39/2016, de 6 de marzo, se entendió en su FJ 3 que el consentimiento del afecto es un elemento definidor del sistema de protección de datos de carácter personal, pero como ningún derecho fundamental es absoluto, el consentimiento resulta innecesario en caso de que exista habilitación legal para obviarlo en cuanto al tratamiento de datos. Así pues, era de especial relevancia acudir al artículo 6.2 de la antigua LOPD, la cual afirmaba que no era necesario el consentimiento en caso *del ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento.*

De este modo, el TC entiende que, como parte de la modulación de los derechos en el ámbito laboral, el consentimiento del trabajador pasa a un segundo plano, pues este se entiende implícito cuando se acepta la relación laboral. Por ello, se entiende que la dispensa del consentimiento se refiere a los datos necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de las obligaciones laborales.

Como observábamos al exponer la sentencia anterior, el hecho de que el consentimiento se encuentre modulado no exime a la empresa de cumplir con su deber de información y el alcance específico a los trabajadores del tratamiento de la información recopilada; sin embargo, en esta sentencia, si bien se establece que el empresario no necesita el consentimiento expreso para el tratamiento de las imágenes amparado en el artículo 20.3 ET, el FJ 4 determinó que el distintivo genérico regulado por la Instrucción 1/2006 de la AEPD era suficiente para cumplir con el deber de información, modificando así su propia doctrina expuesta en la STC 29/2013, al entender que a través de tal distintivo la trabajadora era consciente de la existencia de tales cámaras y no era necesario informar de la finalidad exacta que se había asignado al control realizado a través de tal sistema. De este modo, el Tribunal Constitucional determinó que el derecho a la protección de datos personales no había sido vulnerado en absoluto.

De otro lado, en cuanto al derecho a la intimidad protegido por el artículo 18.1 CE, el Tribunal Constitucional en el FJ 5 de la misma Sentencia dispuso que la actuación empresarial en este caso cumplía notablemente superaba todos los juicios de proporcionalidad, entendiendo que:

- a) Relativo al juicio de idoneidad*, la medida consistente en la captación de imágenes en la caja era idónea para verificar si ciertos trabajadores cometían las apropiaciones de dinero sospechadas.
- b) Relativo al juicio de necesidad*, la medida se consideraba necesaria, pues serviría como prueba para acreditar las irregularidades.
- c) Relativo al juicio de proporcionalidad en sentido estricto*, la medida era equilibrada porque la grabación se limitó a la zona de la caja.

A través de esta Sentencia puede apreciarse la evidente flexibilización de la obligación del empresario de informar previamente y de forma expresa de cuál es la finalidad de la recogida de los datos personales. No obstante, ante esta decisión del

Tribunal Constitucional, el Magistrado Xiol Ríos emite Voto particular, por el cual entiende que resulta aceptable entender que no es necesario que en la información **dirigida a los trabajadores** se especifique el fin concreto de la vigilancia, puesto que es evidente que el objeto de la vigilancia serán ellos, no obstante, no se entiende que la misma información **dirigida al público en general** sirva para eludir el requisito de información, pues en principio va dirigido al público y, como dispone el artículo 5 de la anterior LOPD, es necesario que la información previa a la captación de imágenes se dirija a los interesados, entendiendo que en este ámbito, los trabajadores son los interesados.

b) *La reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

- **Sentencia de 9 de enero de 2018, de la Sección Tercera del TEDH (Caso de López Ribalda y otros contra España I)**

Con posterioridad a las sentencias del Tribunal Constitucional anteriormente analizadas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entró a conocer del recurso de cinco trabajadoras de Mercadona S.A., las cuales alegaban la vulneración de sus derechos a la privacidad consagrados en el artículo 8 del CEDH. Es relevante conocer los hechos de los que trae causa esta resolución, pues, pese a que, como ya hemos visto, anteriormente el TEDH pudo analizar intromisiones del empresario en la esfera personal del trabajador, esta es la que más controversia ha suscitado en el panorama nacional.

Así pues, el conflicto surge el 15 de junio del año 2009 por la instalación de cámaras visibles y ocultas por parte del empresario tras percibirse importantes irregularidades que causaron pérdidas de un total de 82.310 EUROS en el periodo comprendido entre febrero y junio de 2009. La instalación de tales mecanismos fue comunicada a los empleados, pues las cámaras eran visibles y apuntaban a la entradas y salidas del establecimiento; no obstante, el empresario obvió comunicar a ellos y al comité de empresa que, aparte de las visibles, también se instalaron cámaras ocultas con el objetivo de detectar posibles robos por parte de los empleados, por ello, fueron colocadas estratégicamente en los mostradores de salida que cubrían la zona de detrás de las cajas registradoras.

Tras comprobarse quiénes eran las autoras de los robos, fueron convocadas individualmente a reuniones donde las actrices admitían estar involucradas en tales robos.

Todo ello teniendo como testigos a los representantes legales y sindicales de la empresa. Tras ello, fueron despedidas por motivos disciplinarios, al trasgredir la buena fe contractual y significar un abuso de confianza el sustraer objetos del supermercado y ayudar a clientes y compañeros a robar objetos. Sin embargo, el empresario, con el fin de evitar procedimientos judiciales, presentó un acuerdo transaccional por el cual las trabajadoras se obligarían a no impugnar el despido a cambio de que, por su parte, no se presentarían cargos por los robos.

Ahora bien, desde el punto de vista procesal, cabe distinguir dos grupos de trabajadoras demandantes, tal y como hace la Sentencia del TEDH:

El Grupo A de demandantes (trabajadoras primera y segunda): este Grupo compuesto por dos de las trabajadoras no aceptó el acuerdo transaccional, por lo que ambas decidieron impugnar el despido ante el Juzgado de lo Social núm. 1 de Granollers, el cual declaró los despidos como procedentes conforme al artículo 54.2.d ET, pues, además de las cámaras de seguridad, servían también de respaldo las pruebas testificales de otros compañeros despedidos por los mismos hechos, el encargado de la tienda, y los representantes legales y sindicales. No obstante, es relevante señalar que nuevamente el uso de las cámaras ocultas se consideró legítimo al quedar amparado bajo el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Tras ello, las demandantes recurrieron ante el Tribunal Superior de Justicia, el cual confirmó las sentencias del Juzgado de lo Social núm. 1 de Granollers, dando por válida la utilización de mecanismos ocultos de vigilancia, pues entendía que su uso estaba justificado en las fuertes sospechas de robos; si bien, reconocía que el empleador podría enfrentarse a una sanción administrativa por la desinformación a los trabajadores y al comité de empresa de la instalación de las cámaras ocultas. Posteriormente, las demandantes recurrieron al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional en los periodos de 2011 y 2012, los cuales fueron inadmitidos a trámite por falta de interés casacional y por inexistencia de una violación de un derecho fundamental respectivamente.

El Grupo B de demandantes (trabajadoras tercera, cuarta y quinta): en este caso, las trabajadoras del Grupo B decidieron firmar el acuerdo transaccional por el cual se

obligaban a no iniciar procedimientos judiciales contra el empleador por el despido, a cambio de que este no presentase cargos por los robos contra ellas.

No obstante, las demandantes igualmente acudieron a las instancias judiciales para impugnar el despido, pues, aparte de alegar que las pruebas de videovigilancia habían sido obtenidas ilegalmente, también entendían que los acuerdos transaccionales debían ser declarados nulos por vicios del consentimiento, al haber sido amenazadas, supuestamente, por un representante de la empresa con presentar cargos por los robos.

El Juzgado de lo Social concluyó fallando en que el acuerdo transaccional era válido y el despido era procedente, pues: de una parte, el acuerdo había sido firmado voluntariamente y de forma libre con la intención clara de evitar los cargos por el robo sin coacción alguna, quedando probado que el Grupo A había tenido la suficiente libertad para negarse a firmar; y, de otra parte, el propio acuerdo transaccional legitimaba el despido, justificándose así la improcedencia.

Al igual que el Grupo A, este Grupo decidió acudir al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el cual ratificó la decisión del Juzgado de lo Social y además evaluó la legalidad de las cámaras ocultas, concluyendo que la empresa estaba autorizada a realizar la vigilancia encubierta. Por ello, las demandantes acudieron al Tribunal Supremo y Constitucional, los cuales inadmitieron sus recursos.

Tras haber agotado las vías nacionales, las cinco demandantes acuden al Tribunal Europeo de Derechos Humanos interponiendo un recurso en base a la vulneración del artículo 6 y 8 CEDH, relativos a un proceso judicial equitativo y a la vida íntima, respectivamente.

En el caso de la vulneración del artículo 8 CEDH, las trabajadoras alegaban en su recurso que su derecho a la privacidad había sido vulnerado por no haber sido avisadas previamente de que estaban siendo grabadas en su lugar de trabajo, sin discriminar actos que efectivamente estaban relacionados al ámbito laboral y los que no. Además, es destacable el hecho de que tales grabaciones fueran dadas como válidas por los tribunales españoles.

De otro lado, el Gobierno, si bien entendía que, en efecto, las demandantes no habían sido informadas de la colocación de las cámaras, alegaba que el Gobierno no debía

pagar por tales vulneraciones al haber sido una empresa privada quien realizó la instalación de las cámaras ocultas. Además, alegaba que el uso de tales medios era perfectamente denunciante ante la Agencia de Protección de Datos, siendo susceptible tal acto de una sanción administrativa.

Ahora bien, conforme a la interpretación del TEDH, la videovigilancia encubierta conlleva una grave intrusión sobre el concepto de “vida privada” protegido en el artículo 8.1 del CEDH. Por otro lado, en cuanto al Gobierno, si bien el artículo establece que *no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho*, podría llegar a entenderse que efectivamente en este caso el Estado no colocó esas cámaras y, por tanto, no es responsable de la vulneración de ese derecho; no obstante, conforme establece la sentencia, pese a que el fin último sea proteger tal derecho contra vulneraciones de los poderes públicos, no significa que el Estado pueda mantenerse al margen de dicha lesión, pues *además de este cometido principalmente negativo, podrían darse obligaciones positivas inherentes de un respeto efectivo hacia la vida privada* (§ 60).

De este modo, el TEDH tenía la tarea de comprobar si el Estado, por las obligaciones positivas derivadas del derecho a la vida íntima, había ponderado correctamente los intereses en juego. Por lo que, tras tal análisis, concluye en que los Tribunales españoles no habían logrado un equilibrio justo entre tal derecho y el interés del empresario desplegado en su facultad de vigilancia. Todo ello en base a que, en primer lugar, las grabaciones efectuadas abarcaban todas las horas de trabajo, sin limitarse en el tiempo; y, en segundo lugar, el empleador no había cumplido con las directrices del artículo 5 de la antigua LOPD que, como ya hemos visto, imponía el deber de informar de forma expresa, precisa e inequívoca de la existencia de un sistema de recolección de datos personales.

De otra parte, en cuanto a la vulneración del artículo 6, cabe recordar que existían dos grupos de demandantes. De modo que, en el caso del Grupo A (trabajadoras que no aceptaron el acuerdo transaccional), el TEDH entendió que las demandantes tuvieron varias oportunidades para impugnar los medios de prueba aportados por el empresario, sin embargo, no lo hicieron; además, aparte de las imágenes captadas por las cámaras ocultas, sirvieron como prueba las declaraciones testimoniales de las demás trabajadoras

despedidas, como de los representantes legales y sindicales. Por ello, en cuanto al Grupo A, se entiende que el derecho a un juicio justo no se había visto vulnerado.

En cuanto al Grupo B (trabajadoras que aceptaron el acuerdo transaccional), el TEDH considera que las demandantes tenían oportunidades suficientes para impugnar la validez de los acuerdos y, pese a ello, los tribunales españoles no encontraron pruebas de las presuntas coacciones invalidantes del consentimiento, de modo que, al no ser el TEDH una cuarta instancia, no debía entrar a analizar los hechos que motivaron las decisiones de los tribunales españoles. Por todo ello, la vulneración de tal artículo nuevamente se entendió por no vulnerado.

En conclusión, el TEDH entendió que, si bien el artículo 6 no se había visto vulnerado, el artículo 8 sí, puesto que los intereses del empresario podrían haber sido salvaguardados a través de otra vía, como, por ejemplo, la información general de un sistema de videovigilancia proporcionando la información que establecía la normativa de protección de datos de ese entonces. De este modo, al estimarse parcialmente las pretensiones de las trabajadoras, finalmente el TEDH decidió que cada una debía ser indemnizadas por daños morales valorados en 4.000 euros más las costas, gastos, intereses y otros impuestos imputables al importe principal.

Finalmente, resulta interesante a estos efectos el Voto Particular del Juez Dedov, el cual entiende que en el presente caso no hubo interferencia con la vida privada en el contexto laboral, puesto que las cámaras fueron instaladas en espacios públicos, no privados, como baños o vestuarios—lo cual sí que recoge la actual normativa de protección de datos—. De otro lado, tampoco entiende que el empresario incumpliera el deber de información, pues si se informó de que un sistema de videovigilancia había sido instalado, se podría extender tal aviso a las cámaras de las cajas registradoras. En sus propias palabras, *el Tribunal no puede encontrar una violación simplemente porque las demandantes no pudieron haber anticipado que serían vigiladas en los lugares donde habían almacenado los artículos robados*. Además, entiende que la videovigilancia oculta tenía como fin último y legítimo el proteger la propiedad privada del minorista, al ver este que las pérdidas iban aumentando con el tiempo y que además eran varios los empleados que se dedicaban a robar.

- **Sentencia de 17 de octubre de 2019 de la Gran Sala del TEDH (Caso de López Ribalda y otros contra España II)**

Tras conocer el resultado de la anterior Sentencia, el Gobierno de España decidió solicitar la remisión del caso a la Gran Sala, por lo que teniendo en cuenta los hechos y alegaciones de las partes, y la legislación nacional, de la Unión Europea y del Consejo de Europa, decidió que no se había vulnerado ni el artículo 8 del Convenio y mucho menos el artículo 6.

Resulta de mayor relevancia para nuestro trabajo ver que, en cuanto al artículo 8 CEDH, la Gran Sala hace las siguientes apreciaciones:

- 1) Las obligaciones positivas que tiene el Estado español, derivadas del artículo 8 CEDH, consisten en proteger los datos personales de los individuos, y, en definitiva, su privacidad, y además en hallar un justo equilibrio entre los dos intereses contrapuestos en juego.

Así pues, en ese sentido, se apreció que, con el fin de proteger los datos personales, España contaba con normas como la anterior LOPD y la Instrucción 1/2006 de la AEPD.

En cuanto a hallar el equilibrio justo, se entendió que, conforme a las resoluciones de los tribunales ordinarios y del Tribunal Constitucional, para salvaguardar tal derecho, se valen de los juicios de proporcionalidad ya conocidos.

- 2) En cuanto al alcance de las grabaciones en el tiempo, el Tribunal entiende que, si bien el empleador no había fijado previamente la duración de la grabación, realmente ésta duraba diez días y dejaba de grabarse en cuanto se identificase a los responsables de los robos.
- 3) De otro lado, en cuanto a la intromisión en la vida privada de las demandantes, se apreció que no podía considerarse una intrusión de gran gravedad, puesto que, antes que las propias trabajadoras, sólo observaron las grabaciones el representante legal de la empresa, el representante sindical y el gerente del supermercado.
- 4) Los tribunales españoles consideraron que el acto de poner cámaras ocultas se consideraba necesario, puesto que no había otra forma de cumplir el objetivo legítimo de identificar a las trabajadoras que robaban. Ante esto, la Gran Sala

del TEDH recalca que habría sido deseable que estos además examinaran a fondo si existía algún otro medio menos intrusivo para conseguir su objetivo. Sin embargo, añade que entiende que, por la sospecha de robo cometido por varias personas, el hecho de facilitar información a cualquier empleado podría haber desvirtuado el objetivo de descubrir a los responsables de los robos.

- 5) En cuanto a la transparencia y al deber de información, si bien los preceptos nacionales, internacionales y europeos no exigen un consentimiento previo de las personas de las cuales se recopilan sus datos, sí que establecen que exista un deber de información del modo en que tales datos serán tratados, lo cual deberá manifestarse de forma clara, específica y previa a su aplicación. Sin embargo, tal deber de información es sólo un requisito de los muchos que han de tenerse en cuenta para evaluar la proporcionalidad de una medida de este tipo. De modo que, conforme al criterio de la Gran Sala, la medida era la adecuada, pues estaba justificada por las razonables sospechas de robo de grandes cantidades y de muchos empleados, lo cual lógicamente generaba en el centro de trabajo un ambiente de desconfianza general.

2.3.Geolocalización

Al hablar de ordenadores, comunicaciones y cámaras de seguridad nos referíamos a sistemas de vigilancia, en cierto modo, dentro del centro de trabajo. No obstante, en el caso de la geolocalización entra en juego un sistema de posicionamiento global, o mejor conocido por GPS, las siglas de *Global Positioning System*, el cual permite localizar al trabajador aun cuando se encuentra fuera del centro de trabajo.

Como expone A. LLAMOSAS TRAPAGA⁸⁶, resulta un sistema muy efectivo para determinadas actividades como las de los transportistas, pues el GPS resulta útil para la facultad organizativa del empresario y, especialmente, en la facultad de control, pues no por el hecho de encontrarse fuera del centro de trabajo, deja de aplicarse el artículo 20.3 del Estatuto a las relaciones laborales.

⁸⁶ LLAMOSAS TRAPAGA, A., *op. cit.*, p. 164.

No obstante, pese a las ventajas expuestas, cabe mencionar que el GPS permite conocer en tiempo real la ubicación del trabajador, sus desplazamientos, la distancia a la que se encuentra y, en definitiva, es un medio por el cual se ejerce un control exhaustivo del trabajador. Es por ello por lo que la nueva LOPD de 2018, en aras de proteger la privacidad y, en definitiva, los datos personales de este⁸⁷, establece en su artículo 90 que los empleadores podrán tratar los datos obtenidos por estos medios para el ejercicio de sus facultades de control, siempre y cuando estas se ejerzan dentro del marco de legalidad. Además, el apartado 2 del mismo artículo establece que con carácter previo a la utilización de un GPS, el empleador deberá informar de forma clara, expresa e inequívoca que tales mecanismos existen y que se están usando. De igual forma, al ser los trabajadores dueños de sus datos personales, al igual que todo individuo, se le debe informar de sus derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión.

- **STS 163/2021, de 8 de febrero**⁸⁸

Resulta relevante traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) núm. 163/2021, de 8 de febrero, por la cual se declara la nulidad del denominado «Proyecto Tracker» de Telepizza S.A.U.

Este proyecto consistía en una intromisión en la vida personal del trabajador, concretamente, del repartidor, por medio de un teléfono móvil con conexión a internet de propiedad del propio trabajador. El control se llevaría a cabo a través de una aplicación de móvil de Telepizza que permitiera geolocalizar al trabajador durante su jornada laboral. Todo ello con el fin de que los clientes pudieran hacer un seguimiento del estado de sus pedidos y el recorrido que estos hacían. En teoría, el proyecto contemplaba que los trabajadores serían los responsables de activar y desactivar la aplicación con el GPS al iniciar y finalizar sus turnos de trabajo.

⁸⁷ Pues cabe recordar que, conforme al artículo 4.1 del Reglamento 2016/679, los datos personales engloban *toda aquella información sobre una persona física identificada o identificable ("el interesado")*; se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona

⁸⁸ VLEX- 861561783 (VLex)

Además, al ser el teléfono móvil propiedad del trabajador, tenían además la responsabilidad de ir siempre con batería suficiente, con tarifa de datos de internet disponible y otras condiciones limitativas para el arbitrio del titular del teléfono, si bien, estaba contemplado abonar un plus a los repartidores por el desgaste y el consumo de datos de conexión a internet.

De otra parte, el proyecto contenía a demás un propio régimen sancionador que contemplaba que *la negativa reiterada o imposibilidad sobrevenida de aportación de esta herramienta por parte del trabajador, o de la aplicación informática antes mencionada, será causa suficiente para la extinción del contrato de trabajo al amparo de lo previsto en el artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores.*

Dicho proyecto se concretó en julio de 2018, cuando el empleador comunicó al Comité Intercentros que las nuevas contrataciones empezarían a regirse por tal régimen, añadiendo la cláusula relativa al proyecto en todos los contratos celebrados a partir de tal fecha.

Ante estos sucesos, los Sindicatos de UGT y CCOO presentaron una demanda de conflicto colectivo por la que impugnaban el «Proyecto Tracker» ante la Audiencia Nacional, la cual, en su Sentencia el 6 de febrero de 2019, declaró la nulidad del Proyecto entendiendo que vulneraba los derechos fundamentales a la privacidad y a la protección de datos y, además, contenía cláusulas abusivas y de carácter sancionador con base en tales vulneraciones. Cabe añadir que los empleadores tampoco cumplieron con el deber de información contemplado en el artículo 64.5 del ET.

No estando de acuerdo, la Mercantil decidió interponer recurso ante el Tribunal Supremo, el cual desestimó las pretensiones de Telepizza SAU y confirmó y declaró firme la Sentencia de la Audiencia Nacional.

Todo ello con base en que efectivamente el proyecto debía declararse nulo, pues suponía un abuso presentar de forma unilateral un acuerdo que consista prácticamente en obligar al trabajador a aportar su teléfono móvil y a aceptar condiciones nuevas en sus contratos con las cláusulas relativas al proyecto que suponían aceptar también el régimen sancionador en él implícito. Además, el hecho de eludir la obligación de informar a los representantes legales de los trabajadores, como establece el artículo 64.5 del ET, supuso un refuerzo a esta declaración de nulidad.

Si bien, como se recabó del informe pericial frente a la Audiencia Nacional, la aplicación contaba con un borrado automático de datos realizado al finalizar la jornada y la aplicación no tenía permiso para recoger datos relevantes del dispositivo como el número de teléfono, de serie, código IMEI o del dispositivo, pese a que para descargar la aplicación de Telepizza fuera imprescindible proporcionar un número de teléfono móvil o dirección electrónica a fin de recibir el código de descarga para activar el programa.

No obstante, el Tribunal Supremo, en consonancia con la Audiencia Nacional, considera también que se vulneran los derechos fundamentales a la privacidad y a la protección de datos de los trabajadores, entendiendo que la medida no supera todos los juicios de proporcionalidad. A saber:

a) *Relativo al juicio de idoneidad:* la medida es idónea a tal fin, pues la geolocalización resulta idónea para conseguir que los clientes queden satisfechos pudiendo hacer un seguimiento de sus pedidos. Es una medida legítima para conseguir el fin.

b) *Relativo al juicio de necesidad:* el medio no era necesario para la consecución del fin, pues podrían haberse utilizado medios que causaran menor injerencia a los trabajadores, a saber, como establece la STS en su FJ 1: *la implantación de dicho sistema en los vehículos en los que se desplazan los trabajadores para llevar los pedidos o pulseras con dicho dispositivo que sustituye la aportación de la herramienta por el empleado y no tiene datos de carácter personal, como sería el número de teléfono o la dirección email -precisa para descargar la aplicación-*.

c) *Relativo al juicio de proporcionalidad en sentido estricto:* el medio no resulta proporcional, pues por su alto nivel de injerencia, no se consigue un equilibrio entre los derechos fundamentales en cuestión y el interés empresarial, pese a que se intente solventar el perjuicio con una compensación económica de cinco euros al mes.

3. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

Hasta ahora habíamos hablado del uso extralaboral de los dispositivos puestos a disposición del trabajador por parte del empresario, de la supervisión del trabajador por medio de monitorización, ya sea dentro del propio centro de trabajo o fuera de él. Sin embargo, en este caso, nos encontramos con un derecho con el que cuenta el trabajador para «desconectar» de las facultades de control y de organización del empleador, pues cuando finaliza la jornada laboral, el contrato de trabajo no cuenta con la fuerza suficiente derivada del artículo 20.3 para modular ningún derecho del trabajador.

De otro lado, pese a que este derecho no se encuentre enumerado en el artículo 4 del Estatuto de los trabajadores junto con el resto de derechos básicos, la nueva LOPD en su Disposición final decimotercera añade un nuevo artículo 21 bis al Estatuto, el cual reconoce al trabajador un derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos y además un derecho a desconectar de ellos. Todo ello, con fin de *garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar*, tal y como establece el artículo 88 de la nueva LOPD de 2018.

El apartado segundo del artículo 88 establece también que las modalidades de este ejercicio deberán atender a *la naturaleza y objeto de la relación laboral* y además potenciarán el derecho de todos los trabajadores a conciliar su actividad laboral con su vida personal y familiar. No obstante, resulta curioso que lejos de regular de forma más exhaustiva este «nuevo» derecho, el artículo 88.2 deja en manos de la negociación colectiva o de acuerdos empresariales tal regulación. Así pues, como comenta M. GONZÁLEZ LABRADA⁸⁹, *la pretendida finalidad de conciliación familiar y laboral queda totalmente devaluada y debilitada porque queda relegada a la voluntariedad de la negociación colectiva o los acuerdos del sector privado*.

Por dicha falta de regulación, actualmente no se halla un concepto concreto sobre qué es el derecho a la desconexión digital ni cuál es la estrecha relación que guarda con

⁸⁹ GONZÁLEZ LABRADA, M. «El Derecho a La Desconexión Digital En El Ámbito Laboral: Naturaleza Y Alcance», en *Revista De Derecho Social* (disponible en <http://vlex.com/vid/derecho-desconexion-digital-ambito-829420605>). Ed. de 1 de julio, núm. 87, 2019, p. 101.

el derecho a la intimidad. A nuestro parecer, el concepto deriva de la propia relación con la intimidad de este derecho, puesto que, como ya hemos visto, las nuevas tecnologías no suelen entender de barreras espacio-temporales, por lo que resulta complicado delimitar la atención prestada por el trabajador a los medios tecnológicos puestos a disposición por el empleador. Es por ello que el derecho a la desconexión digital tiene como fin recomponer la esfera íntima y reservada del trabajador, respetando así sus derechos a los descansos, pese a la evidente flexibilización en el uso de la tecnología que amenaza la privacidad de los individuos.

Si bien, como vuelve a apuntar M. GONZÁLEZ LABRADA⁹⁰, la «informática», a la que se refiere el artículo 18.4 de la Constitución, ha propiciado una evolución del derecho a la intimidad en general, no podemos evitar pensar en la concepción tradicional de intimidad. Es por ello que el derecho a la desconexión digital puede entenderse configurado dentro del contenido adicional del derecho a la intimidad, pues forma parte de sus elementos el que exista una agresión ilegítima que perturbe e impida disfrutar el tiempo de descanso personal y familiar libre de injerencias frente a *una organización ubicua del trabajo que difumina los tiempos de trabajo y descanso, o supone una vulneración del respeto al domicilio al convertirse en una extensión del centro o lugar de trabajo, como consecuencia de llevarse la oficina y el trabajo a casa —u otro lugar— en el smartphone, la tablet o cualquier otra herramienta digital con prolongación de la jornada de trabajo y una clara afectación de las relaciones de familia*⁹¹. Es por ello que la desconexión digital asume el papel protector de la privacidad ante las injerencias ajenas de carácter laboral.

Por último, aunque no exista un concepto claro del derecho, cabe recalcar la libertad que el artículo 88 de la nueva LOPD brinda al empresario para definir, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática, todo ello prestando especial atención al teletrabajo. En suma, un derecho que sirve de refuerzo al derecho fundamental a la intimidad del artículo 18 CE, prácticamente

⁹⁰ Inbidem, p. 109.

⁹¹ Inbidem, p. 110.

qu coasta en manos del empleador, pues es él el que, si bien, tras consultar a los representantes, finalmente decide de forma unilateral el modo de organizar el tiempo libre del trabajador.

IV. CONCLUSIONES

- I. La vida privada de los individuos siempre ha preocupado a todas las legislaciones, es por ello por lo que, en nuestra legislación, se eleva a derecho fundamental a través del artículo 18 CE. No obstante, es frecuente confundir la «privacidad» con la «intimidad», cuando esta última realmente forma parte de la gran esfera que es la vida privada, junto a otros derechos autónomos como son los dedicados a proteger la propia imagen, el honor, el respeto al domicilio personal, el secreto de las comunicaciones y los datos personales.
- II. En segundo lugar, cabe decir que tales confusiones se deben a la escasa delimitación de los conceptos y a la pobre definición existente de conceptos tan importantes como el de «intimidad». Ciertamente es que el Tribunal Constitucional ha intentado suplir ese vacío estableciendo los límites del derecho a la intimidad, no obstante, a mi parecer, resulta insuficiente cuando sólo se cuenta con un concepto abstracto de lo que se protege.
- III. De otro lado, aunque pueda ser algo evidente, es necesario recalcar que, pese a que los derechos a los que nos referíamos anteriormente tengan la consideración de «fundamentales», no son absolutos e ilimitados, pues siempre podrán ceder a otros intereses con relevancia constitucional.
- IV. Cabe hacer especial mención a que las potestades del empresario surgen de derechos constitucionales (no fundamentales) y son estas las que precisamente pueden modular los derechos fundamentales dentro de una relación laboral, pese a no tener la consideración de «fundamental».
- V. De otra parte, resulta curioso cómo la legislación promueve, en cierto modo, la afiliación a sindicatos e incluso, el hecho de conseguir llegar a ser representante de los trabajadores; pues hemos podido comprobar, en el epígrafe relativo a la potestad sancionadora, la existencia de «incentivos», consistentes en que, tras la imposición de una sanción, se procede a abrir un expediente contradictorio en el que deberán ser oídos los interesados y sus representantes, lo cual evidentemente no ocurre con un trabajador «común».

- VI. En conclusión, como veníamos diciendo, los derechos fundamentales no son prendas de vestir de las que el trabajador deba despojarse al llegar al trabajo para utilizar un uniforme, sino que tales derechos son perennes y deben ser respetados en todos los ámbitos de la vida de los sujetos, incluso dentro del ámbito de actividad laboral, por lo que las injerencias de agentes externos.
- VII. En lo relativo a que las previsiones a las que nos referíamos anteriormente, hemos podido comprobar la frecuencia con la que se deja en manos de la negociación colectiva la regulación de aspectos cada vez más relevantes como la utilización de las TICs. A nuestro parecer, el plasmar tales normas a través de negociación colectiva puede hallar su explicación en que este mecanismo resulta más ágil y puede ser actualizado con mayor frecuencia. Sin embargo, a mi parecer, considero que es necesaria una regulación legal general y uniforme que luego se concrete en los convenios para garantizar la igualdad de trato entre todo tipo de trabajadores, sin importar el Convenio que deba aplicárseles.
- VIII. En cuanto a la utilización de las TICs, he llegado a la conclusión de que, si bien han supuesto un avance en general, en el ámbito laboral ha generado nuevos conflictos. Todo ello trae su causa en el rápido desarrollo de las tecnologías, pues cada vez existe menos margen temporal para regular las nuevas situaciones generadas por estos nuevos métodos de control. Es por ello que los juzgados y tribunales intentan rellenar el vacío legislativo en cuanto a estos *neoconflictos*.
- IX. Respecto del uso de ordenadores, móviles y correo electrónico, llegamos a la conclusión de que el *neocontrol* del empresario deberá respetar la expectativa de privacidad que haya generado en él, la cual podrá ser desvirtuada por una previsión regulatoria en la que se manifieste que se llevarán actos de monitorización y, en suma, control de los medios electrónicos. En otras palabras, la expectativa de privacidad es fácil de desvirtuar con una previsión general para los trabajadores.

- X. En cuanto al análisis de la jurisprudencia nacional, se ha podido comprobar que el criterio suele inclinarse más a favorecer al empleador, resultando preocupante que pueda entenderse que la producción de la empresa y su buen devenir cuenta con mayor importancia que la intimidad y otros derechos de los trabajadores. Todo ello mientras que el TEDH, exceptuando la Sentencia del Caso López Ribalda II, siempre ha mantenido la línea contraria, al defender, quizás de una forma un tanto paternalista, los derechos del trabajador.
- XI. En lo relativo a lo dispuesto en las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia de videovigilancia, en relación con la Instrucción 1/2006, vemos que el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de sentar Doctrina clara a favor de los trabajadores y en contra de la potestad abusiva de control; sin embargo, su Doctrina actualmente mantiene que es suficiente con la colocación de un cartel general de videovigilancia, sin importar el deber de suficiente información a los trabajadores que están siendo filmados.
- XII. Resulta curioso ver también que, en el procedimiento de López Ribalda contra España, las alegaciones del Gobierno eran tendentes a zafarse del asunto defendiendo que los culpables de la vulneración a los DDFF de las trabajadoras eran las empresas privadas. No obstante, es reseñable recordar que fueron los Tribunales de España quienes admitieron como prueba las grabaciones obtenidas por las cámaras ocultas, a sabiendas de que el propio Gobierno alegase que atentaba contra lo dispuesto en el artículo 18.4 CE y, por tanto, en este supuesto el Gobierno había incumplido con la obligación pasiva de proteger que nadie vulnera los derechos de los sujetos.
- XIII. Tras la Sentencia del Caso López Ribalda contra España II, la inseguridad jurídica será de gran magnitud, pues cuando por fin el Tribunal Constitucional tenía delimitados los límites a la potestad empresarial, conforme a la nueva LOPD, el TEDH determinó la inexistencia de vulneración a las trabajadoras, considerando que con el cartel informativo y por grabar únicamente en la zona de trabajo era suficiente para legitimar los medios utilizados.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CEBRIÁN CARRILLO, A., NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y CASTRO CONTE, M. (Coordinadores), 2014. *Lecciones De Contrato De Trabajo: Materiales adaptados al Espacio Europeo de Educación Superior*. 3ª ed. Madrid: Dykinson.
- GONZÁLEZ LABRADA, M. «El Derecho a La Desconexión Digital En El Ámbito Laboral: Naturaleza Y Alcance», en *Revista De Derecho Social* (disponible en <http://vlex.com/vid/derecho-desconexion-digital-ambito-829420605>). Ed. de 1 de julio, núm. 87
- LLAMOSAS TRAPAGA, A., 2015. *Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación: una relación fructífera no exenta de dificultades*. 1ª ed. Madrid: Dykinson.
- MANTECA VALDELANDE V., 2008. *Control del empresario sobre el uso del ordenador por los trabajadores: alcance, contenido y límites*. Cizur Menor, Navarra: Actualidad Jurídica Aranzadi. Núm. 749. Edición electrónica. BIB 2008\456 (Aranzadi)
- MONTOYA MELGAR, A., 2017. *Derecho Del Trabajo*. 38ª ed. Madrid: Tecnos.
- PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. 2011, *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1980, p.72 (citado en DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUÍZ, A.B., *Protección de datos y contrato de trabajo*, Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ed. 2011, núm 46.
- ROIG BATALLA, A., 2007. *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa: aspectos constitucionales, penales y laborales*. Tirant lo Blanch, Valencia.

- VALDÉS DAL-RÉ, F., 2017. Doctrina Constitucional En Materia De Videovigilancia Y Utilización Del Ordenador Por El Personal De La Empresa. *Revista De Derecho Social*. <http://vlex.com/vid/doctrina-constitucional-materia-videovigilancia-701526521> ed., 1 Jul 2017
- VALDÉS DE LA VEGA, B., 2008. Comentario: *El Derecho a La Intimidad y su expectativa de respeto en el uso personal de las tecnologías de la información y comunicación en el trabajo*. Un comentario a la Sentencia Del Tribunal Supremo de 26 de Septiembre de 2007 y a la Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Social*. <http://vlex.com/vid/intimidad-expectativa-supremo-doctrina-313939358> ed., 1 abril, núm. 42.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (caso Halford contra Reino Unido)
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de abril de 2007 (caso Copland contra Reino Unido)
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 (Caso Barbulescu contra Rumanía)
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018, de la Sección Tercera (Caso de López Ribalda y otros contra España I)
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019 (Caso de López Ribalda y otros contra España II)

Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre, Boletín Oficial del Estado núm. 305, de 21 de diciembre de 1984
- Auto del Tribunal Constitucional núm. 257/1985, de 17 de abril

- Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre, Boletín Oficial del Estado núm. 307, de 23 de diciembre de 1988, páginas 44 a 48. Recurso de Amparo nº 1247/1986.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de junio, julio Boletín Oficial del Estado núm. 197, de 18 de agosto de 1993
- Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1999, de 15 de julio, Boletín Oficial del Estado núm. 197, de 18 de agosto de 1999
- Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2000, de 31 de enero del 2000, Boletín Oficial del Estado núm. 54, de 03 de marzo de 2000
- Sentencia del Tribunal Constitucional 98/2000, de 10 de abril, Boletín Oficial del Estado núm. 119, de 18 de mayo de 2000
- Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2000, de 10 de julio, Boletín Oficial del Estado núm. 192, de 11 de agosto de 2000.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, Boletín Oficial del Estado núm. 4, de 4 de enero de 2001
- Sentencia del Tribunal Constitucional 123/2002, de 20 de mayo, Boletín Oficial del Estado núm. 146, de 19 de Junio de 2002
- Sentencia del Tribunal Constitucional 173/2011, de 7 de noviembre, Boletín Oficial del Estado núm. 294, de 07 de diciembre de 2011
- Sentencia del Tribunal Constitucional 241/2012, de 17 de diciembre. Boletín Oficial del Estado núm. 19, de 22 de enero de 2013
- Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2012, Boletín Oficial del Estado núm. 47, de 24 de febrero de 2012
- Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2013, de 10 de julio. Boletín Oficial del Estado núm. 192, de 11 de agosto de 2000
- Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre , Boletín Oficial del Estado núm. 267, de 07 de noviembre de 2013
- Sentencia del Tribunal Constitucional 39/2016, de 3 de marzo. Boletín Oficial del Estado núm. 85, de 8 de abril de 2016.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 2021. VLEX-863386295 (VLex)

Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1988. VLEX-75811813 (VLex)
- Sentencia del Tribunal Supremo 28 de diciembre de 1989. VLEX- 76695484 (VLex)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1991. VLEX- 203470563 (VLex)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003. VLEX 17210940 (VLex)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2003.VLEX-16806807 (VLex)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007 RJ 2007/7514 (Aranzadi)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 528/2014, de 16 de junio, VLEX-520649842 (VLex)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 35/2019, de 22 de enero de 2019. RJ 2019/552.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 163/2021, de 8 de febrero, VLEX-861561783 (VLex)

VII. WEBGRAFÍA

- <https://dpej.rae.es/lema/intimidad>. Consultado por última vez en fecha 09 de enero de 2021.
- <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2> . Consultado por última vez en fecha 01 de febrero de 2021.
- [guia-modelo-clausula-informativa.pdf \(aepd.es\)](#). Consultado por última vez el 28 de febrero de 2021.